

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ALBERTO AUGUSTO GUEDES JÚNIOR

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL PELOS
VÍCIOS E DEFEITOS DO PRODUTO**

CURITIBA

2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ALBERTO AUGUSTO GUEDES JÚNIOR

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL PELOS
VÍCIOS E DEFEITOS DO PRODUTO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2007

A

Patrícia e Fernando, esposa e filho, pelo amor e paciência imensuráveis.

Orientador e Professor Rodrigo, pela grata compreensão e sabedoria nos árduos meses de estudo.

RESUMO

Responsabilidade civil das empresas de construção civil pelos vícios e defeitos do produto. A discussão ocorre através da análise rápida da evolução do sistema da responsabilidade civil no ordenamento geral e na legislação do consumidor, considerando o afastamento da teoria da culpa e o fortalecimento da responsabilização objetiva com fundamento na boa-fé. Este conflito e interação entre os códigos no que tange a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo traça a base dos fundamentos para a diferenciação entre a responsabilidade pelo fato e pelo vício no direito do consumidor. O desenvolvimento do tema transcorre, juntamente com as características peculiares da engenharia e perícia, dentro do Direito dos Danos com a respectiva quantificação e qualificação dos pressupostos de identificação da responsabilidade, principalmente no que toca a caracterização do dano. As causas de exclusão da responsabilidade são de fundamental importância, pois a respectiva avaliação justamente delimita a grande abrangência atual da legislação e da tendência, cada vez maior, da doutrina e jurisprudência em objetivar a responsabilidade do construtor pelo fato do produto e do serviço. Destacam-se ainda os prazos e garantias, legais e contratuais, inerentes a este tipo de relação jurídica, assim como as peculiaridades do ônus da prova.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva; Dano; Dever de indenizar; Vício; Defeito; Garantia; Perícia.

SUMÁRIO

RESUMO

1 INTRODUÇÃO	05
1.1 O dever de indenizar no direito civil e no direito do consumidor: considerações iniciais	07
1.2 A responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício no direito do consumidor. Precisoões conceituais	14
1.3 O direito e as técnicas de engenharia. Possibilidades de uma leitura interdisciplinar	18
 2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE CONSUMO	 24
2.1 Acidentes de consumo e engenharia. A diferença entre defeitos e vícios	24
2.1.1 Modalidade de defeitos	27
2.1.2 Tipos de vícios	30
2.2 Considerações a respeito do ônus da prova	32
2.3 A perícia de engenharia e o direito do consumidor	36
 3 O DEVER DE INDENIZAR PELOS DEFEITOS E VÍCIOS DE ENGENHARIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	 40
3.1 Elementos para a configuração da responsabilidade – Nexo de Imputação, Dano e Nexo Causal	40
3.1.1 Nexo de Imputação	40
3.1.2 Dano	43
3.1.3 Nexo Causal	46
3.2 Análise da Garantia – Garantia Legal, Garantia Contratual e Prazos	50
 4 CONCLUSÕES	 57
 5 BIBLIOGRAFIA	 59

1 INTRODUÇÃO

A escolha da temática da monografia procurou conciliar os conhecimentos adquiridos durante o curso de direito com a experiência técnica do autor no exercício da profissão de engenheiro civil. A formação prática adquirida ao longo de dez anos demonstrou a dificuldade do consumidor que adquire um imóvel em identificar adequadamente e precisamente os defeitos e vícios do produto – efeitos e causas – e, conseqüentemente, de como buscar as indenizações pelos danos causados.

O tema é extremamente útil tendo em vista o “sucateamento” da mão de obra, qualificada ou não, e dos materiais empregados nas construções. A crise econômica do país reflete diretamente no ramo imobiliário, levando ao uso de técnicas construtivas cada vez menos qualificadas. Tais fatos vêm gerando acidentes constantes como os ocorridos em Guaratuba, Rio de Janeiro (Palace II) e em Recife, demonstrando assim a atualidade do tema.

O Direito privado, com o advento do Código do Consumidor, ao lado do novo Código Civil, e por meio do afastamento da culpa com a adoção da responsabilização objetiva, garante ainda mais aos usuários e proprietários de imóveis a chance de alcançar os devidos ressarcimentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A Política Nacional de Relações de Consumo objetiva a harmonização das relações de consumo atendendo as necessidades básicas do consumidor mediante o respeito a sua saúde, segurança e interesses econômicos.

A vasta complexidade deste ramo do Direito, associada ao amplo universo da construção, enseja a complexidade das soluções dada pela legislação, doutrina e jurisprudência naquilo que mais afeta o consumidor: os vícios e defeitos dos produtos e serviços.

Portanto, o intuito desse estudo será responder alguns questionamentos que surgem desta sistemática peculiar de indenizações para os usuários de bens imóveis em situações que envolvam a responsabilização de empresas de construção civil: Até que ponto o construtor responde pelos defeitos/vícios construtivos? Qual a forma mais correta de reparação do consumidor tendo em vista a tipologia do defeito/vício? Como se soluciona o confronto entre as garantias legais e contratuais? De que modo se conjuga as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor? Qual a tendência jurisprudencial sobre a

responsabilização das construtoras? Como enquadrar a patologia construtiva dentro do ordenamento jurídico e de que forma isto deve ocorrer?

1.1 O DEVER DE INDENIZAR NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A responsabilidade civil tem como principal característica a obrigação de indenizar fundamentada na ocorrência do ato ilícito. Ilícitude correspondente à contrariedade ao direito, não realização dos fins da ordem jurídica. Todo indivíduo possui direitos e deveres que, por meio da fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir sem o consentimento do titular ou do ordenamento jurídico. Surge aqui, segundo Marcos Bernardes de Mello ¹, um “dever genérico, absoluto”, extensível a todos, de não causar danos aos outros, e, se causar, os danos deverão ser ressarcidos. Em alguns casos haverá ilicitude sem a existência do dano, tais como no descumprimento da obrigação nas relações de crédito, violação dos direitos de personalidade, interesses difusos, abuso ou exercício irregular de direito e contratos cujo objeto é ilícito, pois a prática destes atos está sempre relacionada a alguém.

A ilicitude possui os elementos do suporte fático subdivididos em *elementos cerne*, constituídos por aqueles que são o núcleo do suporte fático ², constantes e inalteráveis, determinantes da configuração final, e *completantes* do cerne, conforme lição do professor Marcos Bernardes de Mello ³. A contrariedade a direito (todo fato, ação ou omissão, que afronta a ordem jurídica), e a imputabilidade (fator que imputa a contrariedade a alguém, independente da culpa) constituem os primeiros, ao passo que os demais se enquadram nos completantes pelo fato de variarem de espécie a espécie de fato ilícito *lato sensu*, como a culpa ou dolo no ato ilícito penal. Concluimos a falta de ilicitude, isto é, a não incidência do art. 186 do Código Civil, se o ato é permitido pelo direito, mesmo quando houver danos, ou se mesmo contrário à lei não existir imputabilidade.

¹ MELLO, M. B. de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 195-196.

² Ibid., p. 36 e 51: “... hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico (suporte fático). (...) algo que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam no mundo os seus elementos, é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, se poderá falar em conceitos jurídicos. (...) Assim, apenas *parte* do suporte fático entre no mundo jurídico e compõe o fato jurídico. A *outra parte* permanece no mundo fático; não se transforma em fato jurídico.”

³ Ibid., p. 45-47. O autor atribui ainda a existência de elementos complementares, com consequências quanto à validade ou à eficácia do negócio jurídico, e de elementos integrativos que atuam no sentido de que se produza a sua eficácia final.

Portanto, será ilícito todo “fato, conduta ou evento, contrário ao direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (= de praticar ato ilícito)”⁴. O art. 186 do CC não se refere à ilicitude como gênero, mas sim define uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito *strictu sensu*, delito ou ato ilícito absoluto no qual são essenciais que entre o ofensor e o ofendido não exista qualquer relação jurídica ou, se houver, que seja de direito absoluto, que ocorra um dano e a reparabilidade do dano mediante indenização.

Assim, o estudo dos elementos presentes no suporte fático do ato ilícito é relevante à medida que atribui ao fornecedor, produtor, construtor o dever de indenizar⁵. A adaptação dos elementos do sistema tradicional, dentro do microsistema normativo, constituirá os pressupostos no âmbito do Direito do Consumidor. Cabe na seqüência distinguir de que forma tal processo será conduzido.

Paulo de Tarso Sanseverino⁶ faz a diferenciação da obrigação de indenizar no âmbito civil e no do consumidor. Expõe que os pressupostos gerais da responsabilidade civil partem do art. 186 e 927 do novo código, antigo art. 156, culminando em controvérsia doutrinária, não tão distante do que se passa na Europa, principalmente na França e em Portugal⁷.

O novo Código Civil conjuga os arts. 186 e 927 centralizando a imputação do agente transgressor no dano seja ela por via contratual, extracontratual (objetiva ou subjetiva), por culpa que é erigida a elemento do ato ilícito. Responderá patrimonialmente àquele que for imputado um dano, independentemente da existência de culpa. O art. 186 categoriza o ato ilícito, sendo que a determinação do dever de indenizar advém com o art. 927. Todavia a leitura cuidadosa da mudança do novo Código não pressupõe que todo ato ilícito gere o dever de indenizar, assim como nem toda obrigação de indenizar tem como origem o ato ilícito.

Caio Mário da Silva Pereira e Sérgio Cavalieri Filho enumeram três elementos: dano, culpa do agente e nexo de causalidade. Antônio Lindbergh

⁴ MELLO, op. cit., p. 201.

⁵ “Não se pode esquecer que, no direito do consumidor brasileiro, não apenas os ilícitos em sentido estrito geram dever de indenizar, mas também a frustração das legítimas expectativas.” (LEONARDO, R. X. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 216).

⁶ SANSEVERINO, P. de T. V. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92-112.

⁷ Ibid., p. 93-96: “As divergências entre esses eminentes juristas portugueses, mais do que confirmar a complexidade do tema, retratam as diferentes posturas ideológicas de cada um, valorizando mais um ou outro pressuposto da responsabilidade civil. Situação semelhante ocorre no direito brasileiro.”

substitui a culpa do agente pelo ato ilícito enquanto que José Aguiar Dias troca-a pelo ato contrário ao direito inserindo também a culpa e a imputabilidade como elementos subjetivos. Mas é Pontes de Miranda, segundo Sanseverino, quem decisivamente trata o tema.

O jurista não elenca os pressupostos, todavia analisa o binômio ato ilícito e a obrigação de indenizar com precisão. Dispõe como elementos do ato ilícito *lato sensu* o ato humano e a contrariedade ao direito. O primeiro estabelece a vinculação com a pessoa humana (inclusive fatos de animais e coisas), ao passo que a contrariedade indica ilicitude com as devidas excludentes sancionadas no art. 188 do novo Código.

Um quarto elemento surgirá para Pontes de Miranda no caso dos atos ilícitos *strictu sensu*: o dano seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Tal pressuposto causa transgressão a bens da vida, independentemente de qualquer vinculação entre o ofensor e o ofendido. A relação entre o fato e o dano é o quinto e último elemento integrante do suporte fático (nexo causal). Com os cinco elementos (observando-se os arts. 186 e 927 do novo Código Civil) o ato jurídico ilícito existirá e é apto a produzir efeitos no plano da eficácia a partir do surgimento da obrigação de indenizar.

Logo, diante das diversas exposições da doutrina, relacionamos os pressupostos da responsabilidade civil tradicional, segundo Sanseverino:

- a) *ato* (condutas humanas, ou a elas relacionadas ⁸, comissivas ou omissivas);
- b) *dano* (prejuízo causado);
- c) *nexo causal* (causa-efeito entre fato e dano);
- d) *nexo de imputação* (vínculo entre fato e atribuição à pessoa, exigindo-se a capacidade);
- e) *ilicitude* (contrariedade do fato ao direito, com os respectivos fatores excludentes ⁹).

Neste momento ocorrerá a transição do sistema do Código Civil para o microssistema do consumidor. Cláudia Lima Marques traduz, com peculiar metáfora ao nosso tema de trabalho, a convivência dos sistemas:

⁸ Fatos de terceiro, fatos de animais ou fatos das coisas.

⁹ Exercício regular do direito, legítima defesa e estado de necessidade.

Se tivéssemos que utilizar uma figura de linguagem pra descrever o modelo *sui generis* brasileiro, o direito privado brasileiro reconstruído pela Constituição de 1988 seria semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o Codecon é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com os fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre prontos a atuar subsidiariamente ¹⁰.

É no contexto deste trabalho que Cláudia Lima Marques resume como é a interface de convivência, o “diálogo das fontes” ¹¹ como ela mesma diz, entre o Código do Consumidor e o Código Civil. A superação de paradigmas foi substituída pela coexistência dos paradigmas. Aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas sempre com a finalidade de proteção do consumidor.

O Dever de Indenizar sofre transformações quando ingressa no campo do Direito do Consumidor. Em virtude da modalidade de responsabilização objetiva do CDC houve a retirada do elemento culpa do suporte fático do acidente de consumo ¹² conforme configura claramente os respectivos arts. 12 e 14 ¹³. Defeitos, sejam eles

¹⁰ MARQUES, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, jul.-set. 2004. p. 56.

¹¹ Id.: “Três serão, em resumo, os diálogos entre o CC/2002 e o CDC: o diálogo sistemático de coerência, o dialogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias (reais ou aparentes) e o dialogo de coordenação e adaptação sistemática.”

¹² SANSEVERINO, op. cit., p. 108: Cita o autor que se o fornecedor não puder afastar a presunção relativa do dano causado, a inexistência do defeito, nos termos do art. 12, § 3º, inciso II e do art. 14, § 3º, inciso I do CDC, a indenização será obrigatória, mesmo que não haja o defeito. Por isso a denominação doutrinária de acidente de consumo. Antônio Benjamin adota a mesma denominação em virtude do destaque que se dá a consequência e não à origem do fato.

¹³ “independente de culpa”.

aparentes ou ocultos, configuram a violação do dever de segurança, verdadeira obrigação de garantia, ensejando, de maneira presumida, a indenização independente da culpa, afastada somente se recair em uma das causas eximentes da responsabilidade como veremos adiante ¹⁴.

A saída da culpa do cerne do suporte fático não aproxima a responsabilidade objetiva da responsabilidade pelo resultado. Por vezes a responsabilidade do construtor será de resultado e não de meio, isto é, não cabe aqui apenas a boa execução da obra para atender aos objetivos para qual ela foi projetada (responsabilidade extracontratual, baseada nos arts. 186 a 188 e 927 a 854 do novo Código Civil, na qual o conceito de culpa é mais genérico), mas sim a entrega da empreita da maneira como acordada em contrato (responsabilidade contratual com a noção conceitual de culpa específica na relação credor/devedor, fundamentada nos arts. 389 a 405 do Código Civil) ¹⁵, independente da existência da ocorrência do defeito ou do vício ¹⁶. A circunstância de não haver sido alcançado o resultado enseja o nascimento do dever de reparação e somente o caso fortuito ou de força maior afasta a responsabilização do construtor. Por outro lado, na responsabilidade objetiva mesmo que o resultado não seja atingido, os demais elementos do suporte fático devem estar presentes para imputar ao agente a causa do dano.

Sanseverino acredita que a ilicitude não constitui pressuposto da responsabilidade civil objetiva já que o dever de indenizar está em função de uma conduta perigosa, mas útil à coletividade, por isso, lícitas. Mesmo sem intenção

¹⁴ “A arraigada idéia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude, levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde, na realidade, não existe. Assim é que se fala em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, ou mesmo em inversão do ônus da prova, dentre outras propostas com que, tecnicamente, se procura contornar a realidade do ato ilícito sem culpa, para fazê-lo culposos. (...) No entanto, o sistema jurídico brasileiro não se cingiu à culpa; adotou o princípio da *transubjetividade na responsabilidade civil*.” (MELLO, op. cit., p. 210).

¹⁵ “A responsabilidade contratual teria por fonte o descumprimento do dever nascido de um vínculo pré-existente entre as partes. A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, teria por fundamento a imputação de um dever de indenizar independente da existência de um prévio vínculo entre o agressor e o lesado, justificando-se, exclusivamente, pela ocorrência de um dano imputável ao agressor. (...) A responsabilidade civil delitual teria por fonte um dever geral de *neminem laedere*, de não causar prejuízos aos particulares. (...) A responsabilidade civil contratual, por sua vez, estaria fundamentada na quebra de um vínculo constituído a partir do poder de autonomia privada.” (LEONARDO, R. X. Responsabilidade contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 19, jul.-set. 2004. p. 261-262).

¹⁶ “O sistema *imputa* ao seu responsável o *dever de ressarcir o dano causado*, porém não há ilicitude em sentido próprio.” (MELLO, op. cit., p. 199).

surge a obrigação de indenizar. A ilicitude aqui só gera um gravame para a responsabilidade, permanecendo implícita, visto que o importante é o dano causado.

Portanto, a existência de acidente de consumo em uma obra é ato antijurídico contrário ao dever da segurança necessário ao caso. Há então uma presunção *juris tantum* de ilicitude devido a insegurança e danos proporcionados. Caberá ao construtor a prova da licitude através de comprovantes da inexistência do defeito para afastar a sua obrigação de indenizar. É aqui o ponto de nascimento fundamental da perícia e do trabalho técnico de engenharia no campo da responsabilidade civil, pois, se não existir a prova contrária, o construtor será responsabilizado pelo risco da atividade.

Distingue-se ainda a responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, pois atualmente não existem elementos suficientes que justifiquem a manutenção da distinção. O elemento dano associado à imputação ao agente afasta a importância da característica do preordenamento, se legal ou convencional, apesar das especificidades técnico-legais de cada um dos ramos¹⁷, e assume a posição de elemento basilar¹⁸. O elemento culpa não mais ocupa o ponto central do dever de indenizar.

Todavia, mesmo diante das críticas o novo Código manteve a diferenciação, basicamente pelo fato de que a regra da indenização pelos danos por ato ilícito absoluto é a mais ampla possível (arts. 186 e 927 do CC), ao passo que a indenização por danos contratuais, via de regra, limita-se ao contrato.

Desta forma o Dever de Indenizar no CDC estará sedimentado em três pilares, excluindo-se a ilicitude e a culpa. Restará modernamente então, segundo a doutrina, *o defeito do produto ou serviço, o dano patrimonial/extrapatrimonial ou eventus damni e o nexa causal entre ambos*. É assim o entendimento de Zelmo Denari¹⁹, James Marins²⁰, Flávio Queiroz Cavalcanti citado por Sanseverino²¹ e Gustavo Tepedino²².

¹⁷ NALIN, Paulo. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 70.

¹⁸ "... hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano. Nesse sentido, a própria expressão "responsabilidade civil" tem um significado limitado, vez que nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o *responsável pelo dano*. Melhor referir-se a essa disciplina, hoje, como um direito de danos." (LEONARDO, R. X. Responsabilidade contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 19, jul.-set. 2004. p. 265).

¹⁹ DENARI, Z. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção, da reparação dos danos. In: Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 146.

Um quarto elemento é indicado por Sanseverino: o *nexo de imputação* (denominada de imputabilidade para maioria da doutrina). Crê o autor que é necessário estabelecer um vínculo entre a atividade do fornecedor e o defeito no produto ou no serviço, mesmo prescindindo a análise do elemento culpa²³, já que existe o risco da atividade.

Serão, portanto, quatro os pressupostos no microsistema do consumidor, para que o proprietário do imóvel tenha o efetivo direito à indenização pelos danos causados baseado nos arts. 12 e 14 do CDC.

O novo momento trazido pelo Código do Consumidor indica a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor²⁴ e sua condição de destinatário final de produtos e serviços que não visem o uso profissional, obviamente dentro de um quadro unificador da Constituição da República. Somente quando houver lacuna no CDC as outras normas incidirão desde que não incompatíveis com os princípios da legislação do consumidor. Segundo Sérgio Cavalieri Filho o Código do Consumidor criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda a área do direito onde ocorrer relação de consumo²⁵ e por consequência advir a obrigação de indenizar.

Conclui-se, portanto, que a ventilada revogação do CDC pelo novo Código Civil, lei mais nova, não ocorreu. A lei especial de tutela dos consumidores deve ser respeitada já que o Código Civil de 2002 é central e respeita as leis específicas, principalmente a primazia e prioridade do micro-código do consumidor de aplicação exclusiva.

²⁰ MARINS, J. *Responsabilidade de empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.108-109.

²¹ CAVALCANTI, F. de Q. B. *Responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 70.

²² TEPEDINO, G. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Ensaio Jurídico*. Coords. Ricardo Bustamante & Paulo César Sodré. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), 1996. v. 1. p. 243.

²³ “a justificativa para imputação do dever de indenizar era mais atrelada à culpa do que ao próprio dano”. (LEONARDO, R. X. Responsabilidade contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 19, jul.-set. 2004. p. 263).

²⁴ SIMÃO, J. F. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 32. O autor indica que a *vulnerabilidade* tem caráter técnico e é inerente a todos os consumidores, ao passo que a *hipossuficiência* caba a certos consumidores com determinada carência técnica (dificuldade de prova), não econômica.

²⁵ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 359.

1.2 A RESPONSABILIDADE PELO FATO E A RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO NO DIREITO DO CONSUMIDOR. PRECISÕES CONCEITUAIS.

A responsabilização objetiva, ao contrário da subjetiva, não exige, no plano material, a ocorrência da culpa ou dolo para imputar o dever de indenizar e assim obter a respectiva reparação dos danos provocados por um defeito ou por um vício do produto ²⁶. O Código de Defesa do Consumidor definitivamente derogou a teoria da culpa tornando mais eficaz a proteção do consumidor, absorvendo a teoria dos danos e o princípio da confiança do consumidor. O próprio Código Civil avançou no mesmo sentido quando, no art. 931 ²⁷, adotou a mesma teoria.

A teoria do risco é claramente albergada pelo CDC em seu art. 23 quando cita que a ignorância do vício de qualidade não afasta a responsabilidade do fornecedor. O art. 25 surge em seguida para evitar qualquer disposição contratual entre fornecedor e consumidor que venha a alterar tal sistematização, impossibilitando, exonerando ou atenuando a obrigação. Logo, a responsabilização no CDC não tem foco no fornecedor, mas sim na responsabilidade do resultado gerado por defeitos e vícios do seu produto, assegurando o ressarcimento do consumidor e trazendo segurança nas relações jurídicas.

“É o dever de qualidade que impõe ao fornecedor o dever de colocar no mercado somente produtos adequados à expectativa do consumidor, ou seja, que não acarrete danos ao patrimônio ou a sua incolumidade física e que também corresponda aos fins que o consumidor buscou” ²⁸. O instituto da responsabilidade civil está em torno da vítima enquanto sujeito de direitos, ao redor da reparação do dano que prescinde de culpa do agente e até mesmo da ilicitude da conduta, bastando apenas o dano.

O art. 12 do CDC trata da responsabilidade pelo fato do produto, figura responsável pela segurança e saúde do consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor em relação a sua utilização,

²⁶ LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 300-301.

²⁷ Art. 931: “os empresários individuais e as empresas são responsáveis pelos danos causados pelos produtos que colocam em circulação independente de culpa”.

²⁸ RODRIGUES, S. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 3. p. 105.

causando-lhe dano material ou moral ²⁹. É fundamental a presença do nexo causal, mesmo que no âmbito da responsabilidade objetiva, pois senão pode ocorrer a exclusão da responsabilidade. A prova de que não colocou produtos defeituosos no mercado, que mesmo colocado o defeito inexistia ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou terceiro exoneram a responsabilidade do fornecedor.

Nesta cadeia de responsabilização o comerciante de materiais ou equipamentos aplicados na construção assume responsabilidade subsidiária já que a garantia acompanha a vida útil do produto.

Portanto, a responsabilidade objetiva impõe, pela não presença da culpa, que o defeito é o principal elemento da obrigação de indenizar dentre os pressupostos explicitados. A definição de *defeito*, delineada como cláusula geral no sistema consumerista ³⁰, é extraída dos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor e protege o consumidor contra produtos e serviços que causem danos à sua saúde e ao seu patrimônio, ou seja, que não apresentam a segurança que deles legitimamente se espera na sociedade de consumo³¹. Obviamente não se cobra segurança absoluta, mas aquela razoavelmente almejada, objetivamente, pelo grupo de consumidores diante do tipo de produto ou serviço ofertado.

A cláusula geral permite que o juiz, no caso concreto - peculiaridade esta muito presente nas relações de consumo que envolvem construtoras - atue diante do fato de consumo de maneira particular. É o que se denomina de juízo de valoração diante da concretude dos fatos.

Como sugere Paulo de Tarso Sanseverino, a valoração galga-se em elementos, não taxativos, que checam esta defeituosidade através da apresentação do produto ou serviço, do uso e dos riscos razoavelmente esperados e da época em que foi colocado em circulação.

A apresentação relaciona-se com as informações prestadas, valorizando-se a forma de exteriorização para o público. Já os usos e os riscos referem-se ao uso normal do produto segundo critérios razoáveis. Mesmo que incorreto, mas

²⁹ “A responsabilidade pelo fato do produto ou pelo fato do serviço constitui modalidade de responsabilidade civil por atos ilícitos”. (SANSEVERINO, op. cit., p. 107).

³⁰ No sistema do Código Civil o principal exemplo de cláusula geral é o art. 186.

³¹ Assim conceitua também a Diretiva n. 85/374/CEE: “Art. 6º (Produto Defeituoso): 1. Um produto é defeituoso sempre que não ofereça a segurança que se pode legitimamente esperar tendo em conta todas as circunstâncias e nomeadamente: a) a apresentação do produto; b) o uso ao qual o produto pode ser razoavelmente destinado, e c) o momento da entrada em circulação do produto. 2. Não se considera defeituoso um produto pelo simples fato de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado.”

legitimamente esperado, considerar-se-á defeito, ensejando a responsabilidade do fornecedor.

A não taxatividade permite ao juiz exercer sua atividade de concreção da norma, interpretando cada situação apresentada. No caso em apreço outros critérios são fundamentais na análise judicial, tais como a natureza do produto, o preço e, principalmente, a ação do tempo em relação aos materiais (corrosão de armaduras, infiltrações de umidade, etc.) e o respeito às normas técnicas brasileiras elaboradas pelos comitês especializados da Associação Brasileira de Normas Técnicas. Para este último critério deve haver sempre um comparativo com os conhecimentos científicos da época se mais ou menos avançados.

Cabe aqui ressaltar que o conceito de produto não abrange apenas bens móveis, mas também os imóveis ao contrário do disposto pelo art. 2º da Diretiva da Comunidade Européia 85/375/CEE. A incorporação de bens móveis ao bem imóvel como é o caso do cimento, tijolos, esquadrias, revestimento de piso não afasta a responsabilidade do construtor.

A definição de serviço, por outro lado, presta algumas particularidades aos profissionais liberais como os engenheiros tendo em vista o caráter excepcional de suas atividades, mantendo-se aqui a responsabilização subjetiva (art. 14, § 4º do CDC). É a responsabilização pessoal preconizada pelo artigo da Lei 8.078/90, tratando-se de exceção à responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço³². Afastaremos desde já o estudo da responsabilidade pelo fato do serviço, pois o tema abrange a responsabilidade civil das construtoras, pessoa jurídica, e não o profissional liberal com o estudo dos aspectos remuneratório, especialização e imunidade³³.

Do outro lado encontra-se a responsabilidade por vício do produto ou serviço, disciplinada nos arts. 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. São tratados aqui os defeitos inerentes ao produto e não os danos por ele causados.

Desde 1916 o Código Civil brasileiro contempla o conceito de vícios redibitórios da mesma forma. O que anteriormente estava exposto no art. 1101,

³² “Neste caso os elementos subjetivos – culpa e dolo - fazem parte do conjunto fático necessário para a constituição do direito.” (LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 300-301).

³³ “A exceção aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. (...) Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.” (MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80).

atualmente é reconhecido pelo art. 441 ³⁴, entretanto a sistemática de entendimento do novo Código quanto a responsabilidade civil afasta a identidade total entre os artigos. Desta definição extrai-se que um defeito ou vício deve prejudicar o uso da coisa ou diminuir-lhe o valor, ser oculto e sua ocorrência existe no momento do contrato.

³⁴ “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser ensejada por vícios e defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

1.3 O DIREITO E AS TÉCNICAS DE ENGENHARIA. POSSIBILIDADES DE UMA LEITURA INTERDISCIPLINAR

O Direito do Consumidor, a partir de 1990, abriu a possibilidade de maior conscientização do adquirente do bem imóvel no país. A sociedade civil brasileira, acostumada com os diversos problemas relativos aos financiamentos imobiliários enfrentados na década de 70 e 80, passou a valorizar mais um bem que, com raras exceções, envolve valores altos em relação aos demais bens comumente adquiridos pela população. O investimento de volumosos recursos por parte do cliente torna a entrega do imóvel e o seu uso, principalmente nos primeiros anos, especialmente importante.

Com isso, o número de reclamações judiciais vem crescendo significativamente, amparado justamente pela nova lei. Tal disposição do consumidor é facilmente notada pelo aumento de perícias de engenharia que crescem à medida que o mercado, em virtude da crise econômica dos últimos anos vivida pela construção civil, está bastante competitivo, o que gera obviamente imperfeições construtivas causadas por vários motivos, alguns deles já expostos anteriormente.

Logo, o número de defeitos e vícios, principalmente de qualidade, cresce exponencialmente proporcionando um passivo demasiadamente grande para as construtoras que não se preocupam com a legislação atual.

A responsabilidade das construtoras normalmente está relacionada à produtos acidentalmente perigosos já que se tornam perigosos em razão de um defeito de concepção técnica, de construção ou de informação, e não à produtos intrinsecamente perigosos. Deste modo conclui-se que a quantidade de casos gerados por defeitos e vícios do produto é vasta, pois são vários os defeitos de projeto e de execução na construção brasileira. Este número é ainda maior nas cidades litorâneas, expostas a severos agentes agressivos (maresia principalmente), e nos ambientes industriais possuidores de cenários desfavoráveis às edificações se não concebidas da maneira mais adequada ³⁵.

³⁵ “Os bens imóveis, entretanto, também podem ser causadores de danos ao público consumidor. Basta lembrar que tem sido freqüente, no Brasil, o desabamento de grandes prédios por erro de projeto, ou decorrente da escolha de materiais de má qualidade pelo construtor. Um caso recente foi o desabamento, no Rio de Janeiro, do edifício Palace II, entre outras causas, por provável erro de projeto, causando a morte de diversas pessoas”. (SANSEVERINO, op. cit., p. 123).

Há ainda o imenso campo das obras públicas ³⁶ no qual o Estado intervém como fiscalizador dos serviços e deve exigir qualidade, assim como o âmbito privado o faz.

A solução adotada pelo Código a partir da constatação do defeito ou vício e dos conseqüentes pressupostos legais possui três ramificações: o retorno ao *status quo ante* através da devolução do valor pago e a devolução da coisa por meio da ação redibitória ou o abatimento do preço com a ação estimatória ou *quantum minoris*.

Todavia é evidente que tais vias proporcionadas tornam-se insuficientes diante da realidade do mercado consumidor atual, principalmente em relação aos bens imóveis, tema desta monografia. A devolução de um imóvel ou o abatimento do preço do mesmo são caminhos senão difíceis, no mínimo insatisfatórios para resolução do problema.

Em um primeiro plano o retorno de um apartamento, residência, galpão industrial ou qualquer outro tipo de edificação para a construtora geraria inúmeros transtornos. O imóvel, esteja ele incorporado total ou parcialmente ao conjunto patrimonial do adquirente, isto é, quitado ou financiado ³⁷, para retornar ao construtor passaria por incontáveis trâmites burocráticos, sem contar os incômodos gerados ao comprador, tanto do ponto de vista material quanto moral.

Do mesmo modo a ação estimatória é incapaz de resolver a constatação do defeito ou vício com eficiência já que o pagamento do imóvel já foi realizado ou está vinculado ao agente financiador que não contempla este tipo de ressarcimento em seus dispositivos contratuais. Por mais que seguros obrigatórios anexem os contratos de financiamento imobiliário, os defeitos e vícios, na maioria das vezes, não se enquadram na definição de sinistro ³⁸.

A insuficiência mantida no novo Código na tutela dos direitos dos danos no campo imobiliário ensejou o estudo da relação entre construtora e consumidor com base no Código de 1990, mais adequado e abrangente, pois não só dispõe de meios

³⁶ Nas obras públicas o Estado está resguardado pelo art. 37, § 6º da CF que exige uma falha efetiva na prestação do serviço de fiscalização. Como a vigilância estatal não possui condições de atuar e detectar todos os defeitos e vícios possíveis, pois atua por amostragem, o Estado deve se resguardar perante a construtora de obras públicas. A jurisprudência tem sido favorável ao Estado para evitar a ampliação da responsabilidade.

³⁷ O número de instituições financeiras que atualmente atuam no mercado imobiliário na concessão de financiamentos está em gradativo aumento, ocupando uma área que até cinco anos atrás era praticamente dominada pela Caixa Econômica Federal.

³⁸ Sinistros usualmente englobam incêndios, terremotos, raios, inundações, e outros eventos desproporcionais da natureza, extrínsecos à edificação.

mais eficazes para a reparação do bem, como também inclui a questão dos vícios aparentes renegada pelo Código de 2002 ³⁹ e alarga os prazos prescricionais e decadenciais, tão fundamentais quando se trata de defeitos construtivos.

O Código de Defesa do Consumidor inicialmente distingue e regula distintamente vícios e defeitos, ao contrário do Código Civil. Veremos a importância da distinção na sequência do estudo já que os efeitos de cada instituto ensejam soluções diferentes.

A principal mudança trazida, acompanhada, por exemplo, pelo Direito Italiano na Diretiva 44 de 25.05.1999 da Comunidade Européia, corresponde à possibilidade de reparação do dano (por vezes com alguma substituição), que constitui o instrumento mais viável na solução dos litígios entre construtora e consumidor.

É este instrumento de reparação que será buscado pela construtora para sanar o defeito ou vício, pois envolverá, primeiramente, o estudo do diagnóstico levantado em perícia técnica especializada de engenharia a fim de listar as causas das patologias para na sequência, em um segundo momento, atribuir quais as medidas e procedimentos cabíveis na solução dos problemas. Sem esta correta observação, o fornecedor (construtor) está condenado a tentar resolver os defeitos e vícios do consumidor inúmeras vezes, sem sucesso algum.

A técnica de engenharia relativa às patologias construtivas conforma atualmente um ramo especializado da engenharia, formador de profissionais “patologistas” possuidores de conhecimentos diversificados. Esta multidisciplinaridade, decorrente de estudos na área estrutural, arquitetônica, de instalações prediais, basilarmente constituída pela experiência e vivência profissional diária com os defeitos construtivos, transforma a avaliação técnica a tal ponto que a torna imprescindível no tratamento de relações de consumo que envolva de um lado construtora e de outro seus consumidores.

Desta forma, a utilização de peritos especialistas é necessária não só pela complexidade construtiva dos imóveis atuais, já que novas técnicas de engenharia surgem diariamente, a maioria delas com conseqüências desastrosas para o consumidor, mas também porque reduz e muito o tempo gasto com as tentativas de

³⁹ “Afim, se o bem foi adquirido com vício de fácil constatação, presume-se – nas relações entre iguais – que o comprador tenha ciência das condições do bem e, mesmo assim, optou por contratar”. (LIMA, C. C. de. Dos vícios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, jul.-set. 2004. p. 116).

resolução dos defeitos e vícios, tanto antes como após a instauração do processo por parte do consumidor afetado.

Importa ainda ressaltar neste tópico que o CDC alberga também na relação de consumo toda uma cadeia de fornecedores com um regime de solidariedade contratual⁴⁰. Isto implica uma responsabilização, por exemplo, de um fabricante de argamassa quando uma perícia técnica verificar que a queda do revestimento das paredes das fachadas de um edifício ocorre não por imperícia do construtor, mas por um defeito de fabricação dos aditivos incorporados à argamassa. Do outro lado, a jurisprudência tem tratado o assunto com abrangência tal que o STJ afirmou que em alguns casos o incorporador do empreendimento pode ser responsabilizado pelos danos ocorridos⁴¹. É a transposição da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois todos os fornecedores, “superiores” ou “inferiores”⁴² à construtora, que descumprirem o dever legal incorrerão solidariamente na responsabilização, independente de vínculo direto com consumidor⁴³. É a promoção da garantia constitucional da defesa do consumidor, atingindo a incorporação e os contratos de financiamento imobiliário⁴⁴, a partir do momento em que uma obrigação de um dos contraentes pode funcionar não só como contra-partida da prestação da outra parte, mas também como contra-partida das demais partes envolvidas na rede contratual.

⁴⁰ “No mercado imobiliário para consumo, porém, justifica-se a aplicabilidade integral do Código de Defesa do Consumidor a partir da inafastável qualificação das incorporadoras, construtoras e agentes financeiros como *fornecedores de produtos e serviços*. (...) As incorporadoras e as construtoras, ao desenvolverem a *atividade econômica* de construção de imóveis para oferta aos consumidores, qualificam-se como fornecedores de produto imobiliário.” (LEONARDO, R. X. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178-179).

⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 80036-SP, j. 12.02.1996.

⁴² “*INCORPORAÇÃO. Resolução dos contratos. Indenização. Os promitentes compradores dos apartamentos podem promover ação de indenização contra a proprietária do terreno, que recebe de volta o imóvel com as construções feitas, no limite do seu enriquecimento.*” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 90490/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, v.u., j. 24/6/1996, DJ 9/9/1996, pág. 32371).

No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 282740/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, v.u., j. 13/11/2001, DJ 18/2/2002, pág. 451, LEXSTJ 151/154, RSTJ 154/443.

⁴³ “Pouco importa que não se cogite de contrato de empreitada; quem vende coisa a ser por ele construída assume a obrigação análoga à do empreiteiro”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 27.223-7-RJ, relator Ministro Eduardo Ribeiro).

⁴⁴ “Entendemos que, em razão da rede de contratos estabelecida entre o consumidor, a instituição financeira e a construtora, a eficácia do poder de redimir o contrato de compra e venda seria comunicável ao contrato de financiamento, possibilitando ao consumidor o desfazimento de ambos pela mesma causa, em razão de uma para-eficácia entre esses contratos. (...) Ao pretender-se extinguir a avença aquisitiva, fatalmente será atingido o contrato de financiamento, principalmente porque o bem adquirido serve de garantia ao negócio de mútuo.” (LEONARDO, R. X. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 197-198).

Toda e qualquer cláusula contratual que irradiar defeitos danosos ao consumidor é inválida com base no art. 51 do CDC, mesmo que inserida nos demais contratos da cadeia de responsáveis solidários formada a partir do primeiro contrato entre o consumidor e a construtora ⁴⁵.

Importa a ressalva feita por Rodrigo Xavier Leonardo ⁴⁶ que a responsabilização dos agentes financiadores é a exceção dentro da rede contratual, sujeitando-se este somente ao contágio da eficácia negativa em eventual resolução do contrato de compra e venda por vício do produto ⁴⁷. Como os agentes financiadores frequentemente controlam o progresso da obra e os respectivos padrões de qualidade das obras com vistorias periódicas mediante a contratação de terceiros qualificados, e participam inclusive do complexo publicitário de divulgação da obra, o vínculo que implicará a responsabilidade pelo fato do produto surgirá com base no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, e não mais nos arts. 12 ou 18. A constatação de falta de qualidade da obra, causadora de danos ao consumidor, implicará na responsabilidade deste fornecedor por sua atitude, neste caso, omissiva (dever de fiscalização de qualidade das construções) ⁴⁸.

Outro ponto referente à esta questão da solidariedade na responsabilidade são os sub-empregados, em franca expansão no ambiente das obras no Brasil. Primeiramente pela busca da construtora na redução de encargos trabalhistas, em segundo lugar em virtude da diminuição dos prazos contratuais na entrega de

⁴⁵ “A incidência do art. 51 e incisos, nesta perspectiva, impõe a verificação de cláusulas, vinculadas à atividade de fornecimento do produto ou do serviço, que propiciem, de alguma forma, a frustração da expectativa normativa do contratante consumidor, impossibilitando, exonerando, atenuando a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços; implicando renúncia ou disposição de direitos, transferindo responsabilidade a terceiros ou estabelecendo incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.” (LEONARDO, R. X. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188).

⁴⁶ Ibid., p. 209.

⁴⁷ Ibid., p. 210: “Não nos casos dos contratos de financiamento sob tutela do Sistema Financeiro da Habitação nos quais assume condição de regra por se tratarem de contratos mistos combinados (incorporadora, financiador, segurador) a partir dos quais vários agentes se comprometem à uma prestação única, propiciando ao mutuário a aquisição do imóvel por meio de uma única contraprestação, como dispõe o art. 264 do Código Civil.”

⁴⁸ “Evidentemente que o construtor (ou proprietário) é o primeiro responsável pela má execução da obra; mas solidariamente com ele está o agente financeiro, pois só assim fica resguardado o adquirente dos malefícios decorrentes da má construção do prédio financiado, só verificados depois da realização do negócio e assumidos os compromissos bancários, após irremediavelmente comprometida a renda do adquirente, durante longos anos. Só assim também fica garantida ao comprador lesado a possibilidade de sempre encontrar um devedor solvente para cobrar a indenização cabível.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 587014143, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19.05.1987). Igual entendimento foi encontrado no seguinte acórdão: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 51.169/RS, 3ª Turma, Relatos Ministro Ari Parglender, DJU 28.02.2000.

empreendimentos, haja vista a construção de hipermercados e *shopping centers* em menos de cem dias, e, finalmente, pela procura da divisão desta responsabilidade pelos defeitos e vícios nas obras.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE CONSUMO

2.1 ACIDENTES DE CONSUMO E ENGENHARIA. A DIFERENÇA ENTRE DEFEITOS E VÍCIOS.

Ao contrário do Código Civil que ao conceituar os vícios redibitórios não distinguiu os vícios dos defeitos, o Código de Defesa do Consumidor efetuou tal distinção. A diferenciação acentuada no CDC não ocorre no campo terminológico, mas sim em virtude dos efeitos diversos que cada uma das figuras representa no âmbito da responsabilidade. Segundo Sanseverino “os defeitos do produto e do serviço ensejam a responsabilidade por acidentes de consumo, prevista pelos arts. 12 e 14 do CDC, enquanto os vícios do produto e do serviço relacionam-se à denominada responsabilidade por vícios, regulada pelos arts. 18 a 20 do CDC”.

Destaca-se a opinião de Antônio Benjamin ⁴⁹ que indica a adequação no emprego do termo ‘acidentes de consumo’ para os defeitos tendo em vista que o fundamento não é a origem do fato do produto ou do serviço, mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo). Zelmo Denari opina que as situações em que o fornecimento pode adicionar riscos são as relacionadas principalmente com as construções e edificações em geral ⁵⁰.

Falhas do produto que afetam a esperada segurança e põe em risco à saúde do consumidor, causando-lhe danos, conduzem à responsabilização pelo fato do produto, da qual se extrai a existência dos *defeitos*. Já os *vícios*, ocultos ou aparentes, afetam, a princípio, apenas o próprio produto, e reduzem suas possibilidades de uso ou até mesmo o valor da coisa pela inadequação gerada (vício de quantidade ou qualidade), ocasionando o que o Código do Consumidor denomina de responsabilidade pelo vício do produto ⁵¹. Enquanto a responsabilidade pelo fato busca proteger a integridade física pessoal do consumidor, na responsabilidade pelo vício temos a proteção da equivalência entre a prestação e a contraprestação.

⁴⁹ BENJAMIN, op. cit., p. 43.

⁵⁰ DENARI, op. cit., p. 142.

⁵¹ “A doutrina alemã denomina *Sicherheitshaftung* a responsabilidade por falta de segurança e *Qualitätshaftung* a responsabilidade por falta de conformidade ou qualidade.” (SANSEVERINO, op. cit., p. 152).

A responsabilização pelo vício, em geral, por afetar o produto e não a saúde e segurança do consumidor, usualmente é considerada como menos gravosa do que a responsabilidade pelo fato do produto. Entretanto, mesmo não afetando a segurança da obra, prejudicam a sua utilidade e reduzem o valor de mercado do imóvel. Há julgado atual inclusive no sentido de comprovar a cobertura de seguro imobiliário quando ocorrem somente os vícios construtivos ⁵².

⁵² “SEGURO HABITACIONAL. NEGÓCIO JURÍDICO ADESIVO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CLAÚSULAS CONTRADITÓRIAS. EXCLUDENTE DE RISCO POR VÍCIO CONSTRUTIVO. NULIDADE DA CLÁUSULA LIMITADORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 51, I E IV c/c § 1º, II, DO CDC. INTERPRETAÇÃO AVORÁVEL AO SEGURADO ADERENTE. PRECEDENTES DO STJ. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É nula a cláusula limitadora dos riscos de **seguro** por danos causados por componentes do bem segurado (vícios construtivos), porquanto restringe obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar o objeto e mesmo o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, inciso II, do CDC). 2. “Basta a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e indisponibilidade das normas do CDC” (STJ, REsp nº 436853/DF, Terceira Turma, Relª. Ministra Nancy Andrighi, j. 04.05.06).” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - 10ª C.Cível. AC 0394394-6 - Ponta Grossa - Rel.: Juíza Conv. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unanime - J. 01.03.2007).

Trechos do voto são importantes para elucidar ainda mais a fundamentação da decisão: “...Cinge-se a questão recursal a matéria concernente a cobertura de seguro habitacional, consistente na abrangência ou não dos danos decorrentes de vícios oriundos de componentes dos bens segurados. Com efeito, a cláusula 3ª do contrato de seguro firmado entre os litigantes descreve os riscos cobertos, dentre os quais a ameaça de desmoronamento do imóvel, senão vejamos: ‘CLÁUSULA 3ª - RISCOS COBERTOS: 3.1 - Estão cobertos por estas Condições todos os riscos que possam afetar o objeto do seguro, ocasionando: a) incêndio; b) explosão; c) desmoronamento total; d) desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural; e) ameaça de desmoronamento devidamente comprovada; f) destelhamento; g) inundação ou alagamento’. O subitem 3.2 traz algumas ressalvas sobre a amplitude da cobertura, quando assevera que: ‘Com exceção dos riscos contemplados nas alíneas a e b do subitem 3.1, todos os citados no mesmo subitem deverão ser decorrentes de eventos de causa externa, assim entendidos os causados por forças que atuando de fora para dentro, sobre o prédio, ou sobre o solo e subsolo em que o mesmo se acha edificado, lhe causem danos, excluindo-se, por conseguinte, todo e qualquer dano sofrido pelo prédio ou benfeitorias que seja causado por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal’. Entretanto, a restrição disposta no subitem anterior colide com o teor da cláusula 3.1 do anexo 12 da apólice habitacional, que prevê a cobertura sobre a responsabilidade civil do construtor, *in verbis*: ‘3.1 - Nos casos em que o vistoriador da Seguradora referir-se expressamente à existência de vícios de construção como fato gerador do sinistro, a Seguradora, reconhecendo a cobertura, requererá medida cautelar específica, consistindo em exame pericial, com vistas à produção antecipada de provas e a fim de requerer, em seguida, se for o caso, contra quem de direito, o ressarcimento da importância despendida a título de indenização.’ Do cotejo das supracitadas cláusulas, interpretadas de forma sistemática, infere-se que a cobertura oferecida pela apólice para o caso de danos físicos no item 3.1 - incluída ‘a ameaça de desmoronamento devidamente comprovado’ - resta esvaziada pela inserção do subitem 3.2, que excetua dita cobertura para eventos de causa interna do imóvel como dano decorrente de seus próprios componentes. *Em sendo assim, merece ser repelida a tese de que a apólice exclui a indenização de danos decorrentes dos componentes do objeto segurado, porquanto o próprio instrumento prevê a possibilidade de reconhecimento do dever de indenizar, mesmo em se verificando vícios construtivos, os quais foram alegados no caso sub judice* (grifo nosso). A par disso, é cediço que o contrato de **seguro** obrigatório em financiamento habitacional, encontra-se sob a égide das disposições do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que a interpretação das cláusulas contratuais deve ser a mais favorável ao consumidor, visando o equilíbrio da relação jurídica de consumo (art. 47 do CDC). No mesmo espírito protecionista da parte vulnerável, máxime tratando-se de negócio jurídico adesivo,

Logo, a distinção efetiva entre a responsabilidade pelo acidente de consumo e a responsabilidade pelo vício do produto está fundamentalmente no bem jurídico tutelado, isto é, a primeira tutela a segurança e saúde do consumidor, enquanto que a segunda preza o interesse na adequação dos produtos à finalidade desejada.

Cabe aqui ressaltar a posição doutrinária a respeito desta distinção entre um tipo de responsabilidade e outra, visto que é muito comum que a diferenciação doutrinária se dê pelo uso dos termos defeitos e vícios⁵³. Caso a falha incida sobre a segurança e saúde do consumidor, ela corresponderá a um defeito, pois enseja a responsabilidade pelo fato (acidente de consumo). Por outro lado, se o dano for inerente ao próprio produto ou serviço, haverá um vício de qualidade ou quantidade, o que indica a responsabilização pelo vício do produto.

Todos estes apontamentos evidenciam a abrangência de atuação do Código do Consumidor no tratamento dos atos de consumo e isso está claramente demonstrado na doutrina quando busca novos meios de compreensão do tema fundada na modificação crescente das relações de consumo, principalmente em relação às exigências por parte do adquirente do produto. Salienta-se a distinção que há em relação ao Código Civil que não relaciona vícios aparentes, não admite a responsabilização solidária na cadeia de fornecedores formada e não abarca a possibilidade de substituição das partes viciadas, a troca de produto e a reexecução integral do vício ou defeito, ao contrário da legislação do consumidor.

estabelece a lei consumerista serem nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (art. 51 do CDC) impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos e estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade. No caso vertente, a seguradora apelada apesar de se obrigar pela indenização por ameaça de desmoronamento, ressalva que deve ser decorrente de eventos de causa externa, excluindo, portanto, todo e qualquer dano sofrido pelo prédio ou benfeitorias que seja causado por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal. Sobreleva frisar que a ocorrência de dita força externa, que atue de fora para dentro do imóvel, e seja capaz de desmoroná-lo (sem influência de seus componentes), se mostra no mínimo improvável. Não se olvide, ainda, que é remota a possibilidade de implementação de força com vultuosidade suficiente a implementar tal desiderato, ou seja, o desmoronamento de uma edificação. *Destarte, à luz dos ditames da boa-fé e da função social do contrato, revela-se nula de pleno direito a cláusula que exonera a seguradora do pagamento de indenização por danos oriundos de vício de construção e, por via de consequência, restringe ao segurado aderente direito inerente à natureza do contrato de seguro (grifo nosso).*

⁵³ “Os defeitos são falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legítima esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais, ensejando a responsabilidade por acidentes de consumo prevista nos arts. 12 e 14 do CDC. Os vícios, por sua vez, são falhas ocultas ou aparentes, que afetam apenas o próprio produto ou serviço tornando-os inadequados ao uso a que se destinam por não apresentarem a qualidade ou quantidade esperada pelo consumidor ou por deficiência de informação”. (LIMA, C. C. de. Dos vícios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, jul.-set. 2004. p. 116).

2.1.1 Modalidades de defeitos

Guardadas as devidas ressalvas com relação a separação entre defeitos/vícios e as responsabilidades pelo fato do produto e pelo vício, a doutrina distingue as diversas modalidades de defeitos, das quais destacamos os *defeitos de projeto e de construção* como os mais recorrentes no campo da construção civil.

Os defeitos de projeto abrangem os erros e deficiências de planejamento, sem observação das normas técnicas devidas e escolha de materiais de baixa qualidade ou inadequados para o fim proposto. Enquadram-se nesta categoria alguns exemplos comuns no dia-a-dia da engenharia: a negligência ou falta de conhecimento ⁵⁴ do profissional que ignora as normas técnicas brasileiras, formuladas dentro de um árduo processo técnico interno pela ABNT que envolve comitês especializados, a falta de experiência profissional quando a obra exige um conhecimento técnico mais apurado, caso de algumas obras de saneamento, barragens, pontes e obras industriais, e a escolha de materiais inadequados aos fins a que se destina o tipo da construção. O julgado abaixo é um claro exemplo desta falta de acuidade por parte do construtor:

A utilização de alvenaria estrutural auto-portante, no lugar de alvenaria tradicional, prevista no contrato, por não constituir-se em obrigação para a empreiteira, mas mera faculdade, não a exime da responsabilidade pela solidez da obra, tanto mais quando a “concepção do projeto” recomendava o uso do processo tradicional de alvenaria armada.

E, conseqüentemente, que, havendo a ré observado, no essencial e no respeitante ao assentamento dos blocos, as instruções conhecidas e aconselháveis para a sua utilização, a responsabilidade pelos defeitos surgidos, deve ser atribuída a quem elaborou o projeto, a quem admitiu o emprego do processo, sabendo-o inovador.

⁵⁴ É evidente as falhas na formação do engenheiro civil nas universidades brasileiras já que muitos saem das cadeiras públicas ou particulares sem saber qual a norma técnica que se aplica em cada projeto ou etapa de execução da obra. Ensaio tecnológicos, comuns na avaliação da qualidade dos materiais empregados na construção, são, salvo raras exceções, objetos estranhos ao conhecimento de cada profissional.

Se a “concepção do projeto” indicava como mais apropriado o processo tradicional de alvenaria armada, e se o processo de alvenaria estrutural auto-portante ainda não havia sido aprovado pela experiência no Brasil, não havia razão para ter merecido a escolha da Apelada. Se, eventualmente, desconhecia ela essas inconveniências, mais razão havia para desprezá-lo. Inafastável a responsabilidade da empreiteira Recorrida, face à norma categórica do art. 1245 do Código Civil, não lhe sendo lícito transferi-la para terceiros, senão pela via regressiva ⁵⁵.

Especificamente em relação a este último exemplo, cabe um detalhamento maior com o intuito de esclarecer o grau de interferência desta escolha. O caso do desabamento do Palace II foi veiculado na mídia de maneira ostensiva no qual a principal falha da construtora teria sido a utilização da areia das praias da Barra da Tijuca no concreto aplicado na estrutura da edificação. Não obstante tal falta de qualidade detectada posteriormente na perícia técnica efetuada, o intenso processo de degradação das armaduras dos pilares dos pavimentos de garagem e térreo pelo processo de corrosão existente consistiu na causa principal da ruína do edifício. O uso de material indevido pode ensejar a responsabilidade por um defeito construtivo tendo em vista o risco à segurança e saúde do consumidor, todavia a tipificação do defeito de execução (construção) possuiu interferência fundamental no resultado final.

Por outro lado podemos exemplificar o caso de uso de água fora dos padrões técnicos exigidos em norma como a água de amassamento do concreto. Se esta água possuir um nível excessivo de impurezas orgânicas o concreto não atingirá jamais a resistência almejada e a edificação pode ter decretada a sua queda, proporcionando assim a responsabilidade pela ocorrência de um acidente de consumo.

Em ambos os casos o uso de materiais de construção inadequados implicam acidentes de consumo na obra, exigíveis judicial ou extrajudicialmente, passíveis de correção, não sendo relevante se de maior ou menor potencial de degradação. Importa a existência do mesmo e sua extensão a fim de avaliar o tipo e grau de reparo necessário.

⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 6345-SP, Min. Ilmar Galvão, j. 18/02/91.

Caminham ao lado dos defeitos de concepção ou de projeto os defeitos de construção ⁵⁶. Estes derivam principalmente de falhas humanas, fato este comum no ramo da indústria da construção civil em virtude da baixa qualificação da mão de obra. Estes defeitos são pontuais, ao contrário dos de projeto que são universais. Teríamos como exemplo a situação de um edifício belíssimo, com fachadas em “pele” de vidro, que, desde a entrega das chaves, e primeira chuva, deixou sinais de infiltração de umidade em todas as suas unidades particulares, proporcionando, em decorrência da continuidade do defeito, danos à estrutura da construção.

Apesar de o construtor adquirir uma argamassa industrializada de boa qualidade, que foi ensaiada em laboratório e atendeu as exigências normativas, com o objetivo de efetuar o revestimento das fachadas de sua obra, a queda de pastilhas cerâmicas assentadas pode estar relacionada à má execução do revestimento de substrato pelo pedreiro que fez uso da argamassa já em processo de endurecimento.

Em virtude do conhecimento técnico peculiar das construtoras, em relação aos proprietários do bem imóvel, os defeitos de execução que surgem nas edificações em virtude de compras diretas de materiais pelos proprietários (muito comum em obras de condomínios e indústrias para reduzir despesas tributárias e, conseqüentemente, o orçamento final da obra) não eximem a responsabilidade das construtoras ⁵⁷. Justamente por deter toda a técnica de execução a construtora deve interferir na escolha dos materiais empregados, pois é ela que detém esta sensibilidade a respeito da boa ou má qualidade dos materiais e, portanto, a capacidade para evitar o surgimento dos acidentes de consumo.

⁵⁶ “RESPONSABILIDADE CIVIL. Construção. Defeito. Inundação. Tutela antecipada. Denúnciação da lide. Prescrição.- Deferimento de tutela antecipada em ação promovida pelo adquirente de apartamento contra a construtora, por periódicas inundações do seu apartamento. Necessidade de receber o necessário para pagamento de aluguel de outro imóvel enquanto são realizadas as obras necessárias.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 411.535 – SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20/08/02, DJ 30/09/02).

⁵⁷ “Acrescente-se que, quem detém o conhecimento técnico é a construtora, cabe a ela dizer a viabilidade ou não do material a ser utilizado, pois ela é a responsável pela segurança, qualidade e solidez da obra, inda que a escolha do material coubesse aos proprietários. A construtora não era obrigado a concordar com o dono da obra! Existe a independência técnica, poderia, no caso, até se recusar a utilizar determinado material. A instância “a quo”, à luz das provas, entendeu que a construtora é a responsável pelos danos verificados no edifício, vez que os defeitos que foram encontrados deram-se porque ela não empregou seus conhecimentos técnicos na forma e modos devidos. Entendeu que cabia a ela impermeabilizar o granito e alertar os recorridos sobre a porosidade do material, bem como competia-lhe entregar o imóvel com as esquadrias reguladas e adequadas ao local.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp nº 399.701 – PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12/04/05, DJ 09/05/2005).

Ainda podemos citar os defeitos de informação, caracterizados pela transparência e lealdade na relação de consumo, que são também observados na construção civil nas falhas de elaboração de memoriais descritivos das obras que apresentam generalidade de informações, leitura exageradamente técnica (transcrições de especificações técnicas de equipamentos que não agregam nada ao usuário), falta de descrição dos riscos envolvidos (aquecedor a gás, por exemplo), precariedade de instruções, cuidados e precauções e, principalmente, ausência de dados relativos à construção (materiais empregados, quantidades, metragens).

Cerca de 8 a 10% das falhas nas edificações atuais devem-se à má utilização, justificando a correta e minuciosa elaboração do manual de uso, operação e manutenção do imóvel, bem como o detalhado ato de entrega do imóvel ⁵⁸.

Salienta-se, novamente, que os tipos de defeitos elencados somente poderão ser assim denominados se ensejarem a responsabilidade por acidentes de consumo. Caso contrário, a caracterização como defeito fica prejudicada, e a responsabilidade será pelo vício do produto, conforme descrito na seqüência.

2.1.2 Tipos de vícios

A doutrina faz a distinção dos vícios em três classes ⁵⁹: vícios de qualidade, indicativo de inadequação (arts. 18, 20 e 21), vícios de quantidade (art. 19), relacionado ao seu peso e/ou medida, e vícios de qualidade por insegurança (incs. I e II do § 6º do art. 18, § 2º do art. 20 e *caput* do art. 21) assim considerados em quanto não houver ocorrência de acidente de consumo a qual origina a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. É evidente a maior abrangência dada pelo CDC em relação ao Código Civil no que trata dos vícios redibitórios, inclusive em relação aos prazos decadenciais explanados no último capítulo.

No ramo da construção civil é mais comum a existência de vícios de qualidade decorrentes da baixa qualidade dos materiais utilizados e da má técnica

⁵⁸ JOBIM, M. S. S. *Métodos de avaliação da satisfação de clientes de imóveis residenciais*. Porto Alegre, 1997. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 170.

⁵⁹ FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr.-jun. 2004. p. 81.

empregado no processo construtivo. Os vícios de quantidade dizem respeito principalmente aos erros na determinação das áreas – privativa e comum, total e útil – das unidades habitacionais colocadas no mercado imobiliário.

Outra fundamental distinção ocorre insurgindo efeitos diretos no início da contagem do prazo decadencial. A separação dos vícios em vícios ocultos e vícios aparentes ou de fácil constatação é utilizada na determinação do *dies a quo*. Os vícios aparentes caracterizam-se pela obviedade, não necessitam de testes de cunho técnico específicos para serem constatados pelo consumidor. Não se exige um cuidadoso exame, muito menos apreciação técnica. Já os exames meticolosos são inerentes aos vícios ocultos ⁶⁰.

A conclusão de que um vício é aparente ou oculto decorre da verificação do caso concreto principalmente porque envolve o grau de conhecimento do consumidor, já que uma microfissura que é oculta para um leigo pode ser aparente para um perito engenheiro civil.

Caso existam vícios em uma edificação, o adquirente tem total direito de exigir a reparação do dano. No momento da entrega das chaves a unidade habitacional pode estar em perfeitas condições, sem vícios aparentes, porém com o decorrer do tempo surgem infiltrações, vazamentos, queda de revestimentos, fissuras, problemas de instalações elétricas, hidráulicas, de lógica, manchas de umidade em paredes de divisa da fachada, dentre outros vícios que poderão ser caracterizados como ocultos.

Desta forma, o estudo albergado no último capítulo esclarece como os prazos decadenciais estão diretamente ligados a esta classificação em vícios aparentes e ocultos, e de que maneira as causas obstativas alteram o instituto a hipótese de incidência da decadência.

⁶⁰ “A lei faz distinção entre *vícios aparentes ou de fácil constatação* e *vícios ocultos*. (...) Desse modo, a aparência de fala a lei é a que surge após a utilização da coisa, o que não retira a aplicação dos princípios dos vícios redibitórios; na verdade, mais acentua sua utilidade. O fato de o defeito ser facilmente percebido influirá somente nos prazos de reclamação, e isto fica bem nítido na lei, mesmo porque em qualquer situação será responsável o fornecedor.” (VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. p. 558).

2.2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ÔNUS DA PROVA

Diante dos diversos aspectos abordados no presente trabalho, o de maior relevância no âmbito processual é o ônus da prova, entendido aqui como uma noção aproximada de direito e não de dever ⁶¹. Este é justamente um dos pontos que o CDC traz uma mudança significativa em prol do consumidor a fim de equiparar o desnível, financeiro e/ou técnico, existente com o fornecedor e assim garantir a tutela dos seus direitos na prática, a igualdade material entre as partes e evitar a ocorrência da sucumbência antecipada na produção de provas e o conseqüente domínio do fornecedor ⁶². A inversão do ônus da prova determina, além desta equiparação, uma tentativa de desestímulo para determinar condutas dos fornecedores nas relações de massa atuais.

O Código de Processo Civil determina, em seu art. 333 ⁶³, que o autor da demanda judicial possui o ônus de provar os fatos constitutivos alegados, correspondente a prova do dano, do defeito e do nexo causal entre ambos, assim como é disposto no direito comunitário europeu ⁶⁴. Resta ao réu a colocação dos fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do direito pleiteado.

Na ação de reparação de danos derivada de acidentes de consumo a situação por vezes é contrária em virtude da possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do autor da ação. Como bem expõe Paulo de Tarso Sanseverino, o ônus da comprovação da existência do dano e do nexo de causalidade permanece com o consumidor, porém o fornecedor deve também demonstrar os fatos em algumas situações específicas. Na interpretação do professor Rodrigo Xavier Leonardo ⁶⁵ ao réu, além do ônus *ordinário* de comprovar a ocorrência de algum fato

⁶¹ “A posição jurídica do sujeito que age na relação processual a partir de um ônus (como na produção de uma prova) é uma posição subjetiva ativa. A posição jurídica do sujeito que age, ou deixa de agir, diante de uma obrigação ou de um dever em sentido estrito é uma posição subjetiva passiva. O ônus, portanto, não pode ser analisado como noção afinada aos deveres e sim como noção aproximada aos direitos.” (LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 60).

⁶² Ibid., p. 249 e 256: “O chamado *paradigma da efetividade do processo* procura ressaltar diversos valores rechaçados a um segundo plano em face do valor *segurança*, destacado pelo paradigma clássico, tais como, o acesso à justiça, a diminuição ou redistribuição do tempo no processo e a adequada tutela dos direitos. (...) Não basta ao fornecedor, em um mercado complexo, ser honesto perante seus consumidores. Deve provar que é honesto.”

⁶³ “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (CPC, art. 333).

⁶⁴ “Artigo 4º A vítima é obrigada a provar o dano, o defeito e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano”. (Diretiva n. 85/374/CEE).

⁶⁵ LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 217.

impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, com a inversão surge o ônus *extraordinário* de comprovar a não ocorrência dos fatos constitutivos do direito do autor. Passam-se as provas a quem detém as melhores condições de produção de provas no processo.

O artigo 333 do CPC implicitamente prevê a possibilidade de inversão mediante acordo entre as partes em negócio jurídico autônomo, desde que não recaia sobre direito indisponível ou que torne complicada a produção de provas a uma das partes, sendo desfavorável ao consumidor (art. 51 do CDC). Essa interpretação tem sido bastante criticada pela doutrina porque indica uma provável premiação aos economicamente mais fortes.

Os artigos 6º e 38 do CDC também englobam a previsão da inversão do ônus da prova para o consumidor. Um dos âmbitos de aplicação destas regras é justamente o das vítimas de danos causados pelo fato do produto.

A inversão do ônus probatório mais comum é a inversão *ope judicis*. Ocorre no curso do processo por determinação do juiz (de ofício ou por requerimento da parte) com base no art. 6º, inciso VIII do CDC, desde que comprovada a existência dos requisitos da verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor⁶⁶. Rodrigo Xavier Leonardo sustenta a opinião de que o requisito legal para a inversão deveria ser limitado apenas à verossimilhança, pois primeiramente, de alguma forma, sempre se exige a plausibilidade das alegações como pressuposto para a inversão e, em segundo lugar, “em inúmeras hipóteses a decisão da inversão do ônus da prova com base somente na hipossuficiência pode acarretar situações extremamente injustas ao se imputar ao fornecedor réu uma *sucumbência* antecipada”⁶⁷. A proteção do consumidor não pode ser confundida com o cerceamento de defesa do fornecedor, evitando assim que qualquer demanda possa ser ensejada por consumidores pelo simples fato de ocuparem tal posição na relação de consumo.

A verossimilhança é um juízo de plausibilidade, isto é, diante dos fatos alegados no processo há uma presunção de veracidade de acordo com a observação do juiz do que costuma acontecer, independente da existência de

⁶⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 333: O autor expõe que a inversão do ônus da prova requer apenas a presença de um dos elementos do art. 6º do CDC, seja ela a verossimilhança ou a hipossuficiência. Ressalata apenas que parte da doutrina entende que no caso da hipossuficiência haveria necessidade também da presença da verossimilhança.

⁶⁷ LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 271-274.

provas no processo, o que torna mais próximo o direito do consumidor do que do fornecedor.

Já a hipossuficiência é uma característica ligada proporcionalmente à vulnerabilidade do consumidor (mínimo de razoabilidade e fundamentação ⁶⁸) diante do construtor, vulnerabilidade esta econômica ou, principalmente, técnica, indicativa de que o ônus da prova por parte do consumidor é um fardo extremamente pesado para ser carregado pelo elo mais fraco da relação de consumo. A hipossuficiência é um conceito relativo já que se se mede em relação a uma outra parte.

Importa salientar que na inversão do ônus de prova não cabe discricionariedade nem arbitrariedade, restando ao juiz um espaço de interpretação e aplicação do direito, sem juízos de oportunidade ⁶⁹. Quando o magistrado decide pela inversão, com base no art. 38 do CDC, apenas deve haver transferência do ônus no que diz respeito à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, isto é, deve haver indicação dos fatos constitutivos que extraordinariamente serão imputados ao réu.

A controvérsia doutrinária é mais calorosa quando o estudo da inversão do ônus da prova *ope judicis* recai sobre o momento da inversão (a inversão *ope legis* é operada de ofício, conforme o art. 38 do CDC, obviamente não se enquadrando nesta discussão). Sanseverino defende que o juiz deve deliberar sobre a inversão no curso da relação processual, na fase de saneamento do processo e antes da instrução, a fim de não prejudicar o princípio do contraditório e da ampla defesa e promover surpresas no momento da sentença final. Rodrigo Xavier Leonardo comunga da mesma idéia com o entendimento de que o momento é a fase de saneamento do processo, na audiência preliminar de conciliação, pois no momento da sentença a inversão suprime o efetivo exercício do contraditório e a verossimilhança só se atinge no início do processo e não ao final quando advém a certeza formal ⁷⁰. Posição contrária é defendida por Nelson Nery Junior e Kazuo Watanabe ⁷¹.

Conclui-se então que o instituto da inversão do ônus probatório é instrumento basilar para restabelecer a desigualdade existente na relação de

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL - 6ª Câm. Cív.. AI 59624411, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, Acórdão de 18/03/1997.

⁶⁹ LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 267.

⁷⁰ Ibid., p. 289-291.

⁷¹ SANSEVERINO, op. cit., p. 334-335.

consumo, principalmente quando de um lado está o comprador de uma unidade habitacional, ou até mesmo o condomínio de uma edificação, ambos vulneráveis tecnicamente em relação ao lado oposto composto pela construtora. Basta apenas a comprovação desta hipossuficiência para ensejar ao juiz, no curso do processo, a inversão do ônus da prova.

A partir deste momento caberá ao construtor provar a inexistência do defeito alegado desde que o usuário do imóvel demonstre os fatos constitutivos do seu direito. No mínimo os danos proporcionados já que o nexo causal envolve análises periciais na maioria dos casos, o que recai, novamente, na hipossuficiência técnica do consumidor ⁷². As dificuldades na assimilação do juiz ao receber apenas os indícios dos danos ocorridos, principalmente nas situações de colapsos estruturais como foi o do Palace II no Rio de Janeiro, demonstra, mais uma vez, a importância do bom trabalho pericial e da necessidade eventual de inverter o ônus probatório a fim de que o construtor demonstre a inexistência do nexo causal.

⁷² SANSEVERINO, op. cit., p. 344-345: o autor complementa que a doutrina francesa discute a razoabilidade na exigência do consumidor comprovar a relação causa efeito em virtude das dificuldades peculiares em alguns casos. Assim como indica que a jurisprudência americana defende que o juiz pode deduzir o nexo causal pela simples existência do dano, cabendo ao fabricante a prova liberatória.

2.3 A PERÍCIA DE ENGENHARIA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A implantação dos sistemas da qualidade, a concorrência elevada no mercado imobiliário e o aumento da exigência por parte dos consumidores fazem com que as empresas construtoras busquem constantemente desenvolver novas políticas voltadas à qualidade do produto, um atendimento diferenciado ao cliente, a sua satisfação, o desenvolvimento de empreendimentos voltados às necessidades e expectativas dos clientes, buscando sempre uma diferenciação para conquistá-los.

Faz parte desta mudança a criação de serviços de atendimento ao cliente (SAC) como o ramo industrial em larga escala já possui. Um contato maior com o cliente passa a existir, desde o momento da concepção arquitetônica da edificação até a entrega das chaves. O mau atendimento gera repercussões desastrosas a toda e qualquer empresa e o surgimento da assistência técnica vem para suprir tais deficiências⁷³.

A mudança da visão corretiva, baseada na inspeção, evoluiu para as medidas preventivas de enfoque sistêmico já que a falta ou precariedade de assistência técnica corresponde hoje a mais da metade das reclamações de consumidores⁷⁴. Isto significa que se atendidos, os clientes das construtoras evitariam procurar o braço do judiciário para a defesa de seus interesses.

Portanto, a existência de acidente de consumo em uma obra é ato antijurídico contrário ao dever da segurança necessário ao caso. Há então uma presunção *juris tantum* de ilicitude devido à insegurança e danos proporcionados. Caberá ao construtor a prova da licitude através de comprovantes da inexistência do defeito para afastar a sua obrigação de indenizar. É aqui o ponto de nascimento fundamental da perícia e do trabalho técnico de engenharia no campo da responsabilidade civil, pois, se não existir a prova contrária, o construtor será responsabilizado pelo risco da atividade.

No glossário do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE – a definição de perícia é dada como a “atividade concernente a exame realizado por profissional especialista, legalmente habilitado, destinada a averificar ou esclarecer determinado fato, apurar as causas motivadoras do mesmo, ou o

⁷³ RAMOS, I. da S.; MITIDIERI, C. V. Procedimentos de assistência técnica para construtoras. *Revista Técnica*, São Paulo, n. 122, p. 58-61, mai. 2007.

⁷⁴ Ibid., p. 58-61.

estado, alegação de direitos ou a estimação da coisa que é objeto de litígio ou processo”⁷⁵.

A perícia na área da construção civil busca, portanto, por meio de engenheiro civil especialista em patologias construtivas, verificar a origem, causas e mecanismo de ocorrências dos problemas⁷⁶. As manifestações patológicas são profundamente investigadas e, a partir das evidências visuais e obtidas através de ensaios tecnológicos específicos, surgem as soluções duradouras e não paliativas.

Os procedimentos de recuperação são fundamentais para garantir a não reincidência das patologias⁷⁷. Desta forma os serviços devem ser descritos detalhadamente, expondo os materiais e equipamentos que deverão ser empregados. Caso contrário, o construtor estará fadado a, reiteradamente, sanar os danos causados no imóvel do consumidor.

Esta tecnicidade presente na perícia é ausente no vasto conhecimento dos juízes e desembargadores nacionais a coloca em um patamar diferenciado e extremamente relevante dentro dos processos que envolvem litígios entre construtoras e proprietários⁷⁸.

A perícia técnica de engenharia assume um papel fundamental, pois é o principal instrumento probatório em que se baseará o julgado. Por não deter o conhecimento técnico o juiz nomeia um perito em engenharia civil para levantar todas as pendências técnicas e apurar os responsáveis pelos defeitos e vícios construtivos⁷⁹. A confiança no profissional é regra básica para que o laudo pericial detenha idoneidade e, principalmente, qualidade suficiente para garantir a justiça na resolução do litígio, apresentando conclusões escritas e fundamentadas e respostas objetivas, claras, pertinentes e concisas aos quesitos formulados pelas partes e não impugnados pelo juízo⁸⁰.

De posse do laudo técnico o juiz motivará sua decisão. E uma vez fundamentada, esta decisão persistirá até os tribunais superiores nos quais o

⁷⁵ SÃO PAULO (Estado). IBAPE. *Glossário de terminologia básica aplicável à engenharia de avaliações*. São Paulo, 1995.

⁷⁶ FIKER, J.; MEDEIROS JUNIOR, J. da R. *A perícia judicial: como redigir laudos e argumentar dialeticamente*. São Paulo: Pini, 1996. p.18.

⁷⁷ RIPPER, E. *Como evitar erros na construção*. 2. ed. São Paulo: Pini, 1984. p. 1.

⁷⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 347.632 – SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24/06/03, DJ 01/09/03

⁷⁹ Código de Processo Civil, art. 145.

⁸⁰ FIKER, J.; MEDEIROS JUNIOR, J. da R., op. cit., p. 31-32.

reexame probatório não é efetuado ⁸¹. Logo, este laudo técnico pericial, se mal elaborado, levará a um desvirtuamento de todo o processo.

É nesse sentido que se evidencia a necessidade de boa qualificação dos peritos, com vasta experiência profissional, capacitação tanto técnica quanto jurídica para avaliar todas as consequências de seus apontamentos, aprendizado das normas técnicas e sabedoria na escolha do melhor caminho que permita a congruência de pensamentos entre o próprio perito e os assistentes técnicos das partes ⁸².

Da mesma forma é mister que esta perícia seja bem assistida pelas partes envolvidas, o que ressalta a importância do uso de conhecimentos técnicos de engenharia, e não somente delineações jurídicas, já que quesitos mal elaborados podem acarretar a perda no litígio. A negligência da área jurídica na observação dos prazos para a elaboração dos quesitos técnicos (cinco dias), relevando a necessidade de adequado tempo de estudo do processo para o profissional de engenharia para descrever os quesitos, o freqüente costume dos advogados em assumir eles próprios a elaboração das perguntas ou até mesmo a inobservância de peculiaridades processuais que são decisivas na escolha dos quesitos são exemplos de que deve haver maior atenção neste estágio do curso processual.

A interação e comunicação entre o advogado e o assistente técnico é basilar para a correta defesa da parte que os contratou, até para aprimorar a ciência dos atos processuais por parte do assistente..

A reforma do Código de Processo Civil ressalta ainda mais a importância da assistência técnica já que com a Lei 10.358 vigente desde 28 de dezembro de 2001 passou a ser indispensável a intimação do assistente técnico para participar de todas as fases da perícia técnica. Apesar de que os peritos prudentes, orientados mais pelo bom senso do que pelo próprio rito processual anterior à reforma, sempre procuraram informalmente intimar os assistentes das partes. Entretanto, com a alteração do art. 431, é desejável a intimação formal e registrada mediante instrumentos que permitam consignar a intimação e garantir os efeitos da norma.

O Art. 431 “B” também modificou a produção da prova pericial pois, possibilita ao juízo a nomeação de mais de um perito, abrangendo mais de uma área de conhecimento específico, assim como as partes podem constituir uma equipe

⁸¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 07.

⁸² FIKER, J.; MEDEIROS JUNIOR, J. da R., op. cit., p. 26-29.

multidisciplinar de assistentes técnicos para o acompanhamento e contribuição nos trabalhos com elevado grau de complexidade, aumentando a qualidade final da prova pericial.

Conclui-se que a reforma do Código de Processo Civil buscou aumentar não só o envolvimento das partes no que concerne aos seus representantes técnicos e capacitados para a produção da prova, mas também, em última análise, a confiabilidade do instrumento levado a juízo tendo em vista a transparência com que foi concebido.

3 O DEVER DE INDENIZAR PELOS DEFEITOS E VÍCIOS DE ENGENHARIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 ELEMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – NEXO DE IMPUTAÇÃO, DANO E NEXO CAUSAL

3.1.1 Nexo de Imputação

Este primeiro elemento, nas palavras de Roberto Altheim ⁸³, “se destina, então, a responder à seguinte pergunta: quem deve indenizar o dano e por quê? Em outras palavras: o nexo de imputação é o fundamento que o ordenamento considera para atribuir a alguém o dever de indenizar”.

O dever de indenizar é proveniente de uma *imputação* que, segundo Rodrigo Xavier Leonardo ⁸⁴, “pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das *externalidades* provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada conduta ou atividade”.

A responsabilidade civil representa a imputação a uma pessoa a obrigação de indenizar a partir da ocorrência de um dano a outrem. Este nexos de imputação que surgirá entre o fato danoso e o agente deste fato será um dos principais pressupostos na responsabilização objetiva do construtor e estará sedimentado em critérios puramente objetivos. Os artigos 12 e 14 do CDC afastam a necessidade da culpa no suporte fático do fato de consumo (“independente de culpa”). A existência da culpa ou não na conduta do agente é irrelevante na caracterização da imputação, assim como por vezes o é a ilicitude do fato gerador do dano ⁸⁵.

⁸³ ALTHEIM, R. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Curitiba, 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 127.

⁸⁴ LEONARDO, R. X. Responsabilidade contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 19, jul.-set. 2004. p. 265.

⁸⁵ “É importante ressaltar que os fatores de atribuição podem prescindir de aspectos volitivos da pessoa imputada (análise de culpa). Com a superação do mundo da segurança a responsabilidade civil passou cada vez mais a não depender de um ato voluntário do agente causador do dano. Em outras palavras: a culpa foi perdendo sua posição de único fundamento da responsabilização.” (ALTHEIM, op. cit., p. 130).

Orlando Gomes ⁸⁶ observa: “A imputação está relacionada à capacidade delitual, não à culpa. Imputar significa atribuir a alguém alguma coisa, sem que esta atribuição esteja vinculada, sempre, à culpa. Se a norma atribui a responsabilidade pelos danos do mero evento a alguém, há imputação e é isto que importa para caracterizar o ilícito”.

Hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano e, nesse sentido, a expressão “responsabilidade civil” assume significado limitado pois nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o responsável pelo dano.

Nos acidentes de consumo estudados no presente trabalho há um alargamento na cadeia de responsabilização atingindo não só a construtora do imóvel, mas também o fabricante dos materiais de construção e os empreiteiros prestadores de serviço. Esta ampliação da regra da imputação do dever de indenizar pelo art. 12 do CDC abrange indiretamente pessoas que participaram de alguma forma no processo construtivo, inclusive os comerciantes. Pontes de Miranda ⁸⁷ quando citado por Sanseverino deixa claro que é a quebra da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual pela adoção de tratamento unitário para os acidentes de consumo já que pouco importa a existência da relação contratual entre a vítima e o agente causador do dano (art. 17 do CDC): “A culpa é a mesma para a infração contratual e a delitual”. Segundo Clóvis do Couto e Silva ⁸⁸, também em Sanseverino, as duas categorias são espécies de um gênero mais abrangente para cuja sistematização comum adota o conceito de “contato social”.

Sanseverino ⁸⁹ distingue os diversos tipos de responsáveis envolvidos em responsáveis reais (o fabricante, o produtor, o construtor), o responsável presumido (importador), pouco cabível no caso da construção, e responsável aparente (o comerciante).

Os responsáveis reais são as pessoas físicas e jurídicas participantes de maneira direta do processo de criação do produto, isto é, são aqueles que respondem pelos defeitos do imóvel em primeiro plano ⁹⁰. Esta solidariedade na responsabilidade surge no direito brasileiro com o crescimento do fenômeno da

⁸⁶ GOMES, O. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 307.

⁸⁷ MIRANDA, P. de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Ribeiro dos Santos, 1927, p. 485.

⁸⁸ SILVA, C. V. do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em droit brésilien et comparé. (obra inédita)*. 1988, p. 26.

⁸⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 159.

⁹⁰ A Diretiva CEE n. 85/374 europeia apresenta um conceito de responsável real mais restrito, englobando apenas o fabricante.

terceirização na cadeia produtiva, principalmente no caso da construção civil tendo em vista o aumento gradativo da presença de mão de obra terceirizada nos canteiros de obra. Assim a responsabilidade do construtor abrangerá a obra construída e entregue ao comprador, além dos materiais e mão de obra empregados e que foram escolhidos pela empresa construtora. Não se exime o construtor da responsabilidade, no mínimo solidária, quando há uso, por exemplo, de revestimento cerâmico de piso que não respeita os preceitos normativos da ABNT.

A responsabilidade do construtor deve ser analisada em conjunto com a regra da responsabilidade civil do empreiteiro descrita no art. 1245 do Código Civil de 1916 já que o pensamento doutrinário e jurisprudencial foi todo fundamentado a partir deste dispositivo legal, apesar de posicionamento contrário como o de Sérgio Cavalieri ⁹¹. O autor lembra que estranhamente os tribunais continuam aplicando somente a regra do art. 1245 do CC/1916 (art. 618 do novo Código), quando a proteção do Código do Consumidor é muito mais avançada e eficiente, especialmente no caso da responsabilidade das construtoras pelo defeito do produto. Caberá ao construtor a demonstração da inexistência de falha de concepção (projeto ou cálculo estrutural) ou de construção (fundações, concretagem, revestimentos, etc) para afastar a consistência do nexo de imputação.

Afastando a figura do responsável presumido no âmbito da construção, devido justamente ao parco uso de materiais importados neste ramo da indústria nacional, partimos para a análise do terceiro e último tipo de responsabilização, a aparente, caracterizada pelo comerciante. Esta responsabilidade foi restringida pela legislação (excluída do *caput* do art. 12 do CDC), ao contrário da real, e ocorre de forma subsidiária quando não for possível identificar o fabricante, produtos ou construtor.

Muitas vezes temos redes de materiais de construção mais fortes do que os próprios fabricantes (Telhanorte no mercado paulista e Cassol no sul do país são exemplos), o que enseja uma crítica por parte da doutrina em relação esta restrição imposta pela norma do Código do Consumidor.

Mesmo com estas ponderações é rara a ocorrência da responsabilização do comerciante, até porque as hipóteses previstas nos três incisos do art. 13 do CDC dificilmente incidem: produtos anônimos, mal identificados ou mal conservados. Este

⁹¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 434-435.

último requisito eventualmente existirá, todavia impedirá, na maioria das situações, o emprego do material danificado na cadeia construtiva. Um saco de cimento mal armazenado em ambiente úmido pode endurecer precocemente, porém será raro o seu emprego em argamassas e concretos.

O nexo de imputação, portanto, gera o direito de regresso quando em primeiro plano o construtor for responsabilizado, mas o verdadeiro responsável corresponder, por exemplo, ao fabricante da pastilha cerâmica de revestimento da fachada ⁹². Exceção será o comerciante (responsável aparente) tutelado pelo regime da subsidiariedade. A doutrina inclusive defende que tal direito deve ser pleiteado em ação distinta visto que a denúncia a lide é impedida pelo art. 88 do CDC em virtude do tumulto gerado pela entrada de terceiros no processo, o que causa total prejuízo ao consumidor. A discussão entre os responsáveis, segundo Cláudia Lima Marques, dar-se-á apurando-se a imputação subjetiva do defeito entre os fornecedores, produtores e construtor ⁹³.

Há de se ressaltar a regra restritiva do art. 14, § 4º do CDC em relação a responsabilização subjetiva dos profissionais liberais, mas que no presente estudo não apresenta relevância pois não tratamos da atuação do engenheiro civil de forma “solitária” ⁹⁴.

3.1.2 Dano

A adoção da responsabilização objetiva dos acidentes de consumo inverteu o grau de importância entre os pressupostos – imputação do dever de indenizar, dano e nexo causal – transformando o dano no principal elemento caracterizador do dever de indenizar. Segundo Sanseverino ⁹⁵: “Uma vez ocorrido o dano, por mais simples que seja, constitui fator de desequilíbrio social, reclamando reparação, que nem sempre é possível”. A responsabilidade civil entra em mutação a partir do momento que valoriza o conceito de dano, ensejando uma nova nomenclatura deste ramo jurídico: Direito dos Danos. É a aplicação do princípio *neminem laedere* de maneira ampliada no qual toda pessoa deve atuar socialmente sem causar prejuízo

⁹² Código de Defesa do Consumidor, art. 7º e art. 25, § 1º.

⁹³ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 630.

⁹⁴ BENJAMIN, A. H. de V. e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79.

⁹⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 201.

a outrem, pois, quando isto ocorrer, surge a obrigação de indenizar os danos causados. A evolução da sociedade moderna e, juntamente com ela, o aumento significativo das relações de consumo – em número e tipos – ensejam esta ampliação do campo da responsabilidade civil.

Almeida Costa ⁹⁶ sintetiza o conceito de dano: “dano ou prejuízo como toda a ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”. O dano constitui o limite do dever de indenizar.

Logo, é fundamental, nesta mudança de foco, a fixação do conceito de consumidor a fim de se estabelecer a real abrangência dos arts. 12 e 14 do CDC e, as teorias finalista e maximalista buscam definir quem é o real destinatário final do produto (art. 2 do CDC). A primeira abrange apenas os consumidores considerados vulneráveis e hipossuficientes, enquanto a segunda interpreta extensivamente o conceito de consumidor atingindo todo e qualquer destinatário fático do bem não importando o uso dado ao mesmo.

Diante deste conceito mais restrito ou ampliado de consumidor o art. 17 aparece equiparando o consumidor a “todas as vítimas do evento” na responsabilidade pelo fato do produto. Consequentemente os terceiros, mesmo não envolvidos diretamente na relação de consumo (“sem vínculo contratual”), passam a se situar no campo de abrangência da responsabilidade e a ter legitimidade ativa processual, desde que atendidos os demais pressupostos – nexos de imputação e nexo. Assim como as pessoas jurídicas passam a figurar no pólo das vítimas do acidente de consumo e a coletividade de consumidores, comum no caso dos condomínios que buscam o ressarcimento pelos defeitos e vícios construtivos perante a construtora ⁹⁷. Conclui-se desta forma que pouco importará a destinação final do produto já que, uma vez caracterizado o dano está definida a incidência do art. 17 do CDC.

A segunda etapa do estudo dos danos, do ponto de vista material, engloba a definição de reparação integral, a reparação mais completa possível aos prejuízos causados, sem extrapolações que levem ao enriquecimento ilícito da vítima. Segundo Sanseverino ⁹⁸: “A responsabilidade pelo acidente de consumo tem a função ressarcitória, restabelecendo a situação patrimonial anterior ao dano, e a

⁹⁶ COSTA, M. J. A. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aument. Coimbra: Livr. Almedina, 2001. p. 477.

⁹⁷ Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso VI combinado com o art. 91, inciso III.

⁹⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 212.

função preventiva, buscando evitar a ocorrência de novos atos ilícitos semelhantes”. No campo do dano moral a segunda função é mais preponderante, ao contrário do âmbito do dano material.

Os arts. 12 e 14 do Código do Consumidor incluem a reparação total dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais advindos do fato de consumo. Com isso estão albergados pela lei os danos pessoais, os danos materiais e os danos morais, ao contrário do campo restritivo imposto pelo direito comunitário europeu, porém um pouco abaixo da imensa abrangência da legislação norte-americana que contempla casos clássicos de exageros indenizatórios. Entende-se que a adoção do regime de responsabilização objetiva, por si só amplia a proteção do consumidor sem a necessidade de maiores empecilhos à defesa do produtor, fabricante ou construtor e, portanto, fica a cargo de leis especiais as restrições necessárias ⁹⁹, apesar de contestação doutrinária a respeito que busca sempre a ampliação da proteção do consumidor e a prevalência do CDC.

Ainda é importante a análise da reparação dos danos morais, quando estes abrangem prejuízos extrapatrimoniais ensejados pelo fato do consumo, em particular quando atingem bens jurídicos relacionados à esfera íntima e aos direitos de personalidade. No estudo da responsabilização das construtoras pelo fato do produto verificam-se certos casos nos quais as patologias causam o constrangimento psíquico ao usuário do imóvel e o respectivo ressarcimento merece atenção.

Os danos morais, nestes casos particulares, mesmo que de pequena monta, nunca devem ser desprezados cabendo indenizações diretamente proporcionais à gravidade do dano a fim de evitar excessos, tanto para pessoas físicas (honra subjetiva da esfera psíquica e honra objetiva da esfera social) quanto jurídicas ¹⁰⁰ (honra apenas objetiva). Diante da dificuldade na delimitação do dano moral, a doutrina opta por definições negativas, tais como a de Pontes de Miranda ¹⁰¹: “os danos morais são aqueles que atingem a esfera ética da pessoa que é ofendida”, especialmente as agressões contra os direitos de personalidade. Importará sempre a análise de cada situação no caso concreto e, consequentemente, a sensibilidade com que o juiz verificará o pleito.

⁹⁹ São exemplos o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e a Convenção de Varsóvia.

¹⁰⁰ “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula n. 227).

¹⁰¹ MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 53, § 5509, p. 218.

Sendo assim o princípio da reparação integral possui aplicação para os danos morais, guardando-se as devidas precauções citadas por Sanseverino ¹⁰²: “bem jurídico efetivamente lesado, circunstâncias do fato, gravidade, intensidade da culpa, participação culposa ou não da vítima e a condição econômica das partes envolvidas”.

3.1.3 Nexo Causal

A relação de causa e efeito entre o defeito do produto e os danos sofridos pelo consumidor é denominada de nexo causal e constitui o terceiro requisito indispensável na responsabilidade pelo fato do produto, instrumento de medição e delimitador para a obrigação de indenizar. É a relação de causalidade que ensejará a responsabilização de determinada construtora quando esta causar defeitos e vícios na obra construída e entregue ao consumidor.

O grande problema da causalidade no âmbito da construção civil surge quando, na prática, os danos são provocados por um acúmulo de fatores que envolvem desde o material empregado na obra até a mão de obra executora do procedimento construtivo. Exemplo disso é o surgimento de patologias estruturais em vigas e pilares de garagens como a corrosão de armaduras pode aparecer por uso de concreto de baixa qualidade, por erro de especificação de projeto estrutural, por falta de fiscalização do engenheiro civil responsável pela obra e até pela falta de zelo da mão de obra que não deixou o espaçamento adequado entre a armadura e a face externa da peça estrutural (cobrimento). A doutrina admite que este processo é mais complexo do que quando se tem apenas um produto ou serviço causador dos danos já que aparecem mais de uma causa ou condição. Quais são os verdadeiros responsáveis para que se consiga atribuir o dever de indenização? As teorias da equivalência dos antecedentes e a da causalidade adequada contemplam esta resposta.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes equipara como causa todos os fatos e as condições que, com maior ou menor intensidade, auxiliam na ocorrência de determinado dano (teoria da *conditio sine qua non*). Esta teoria ensejaria certamente a exageros, pois, elevando ao patamar de causa toda e qualquer

¹⁰² SANSEVERINO, op. cit., p. 232.

condição, permitiria a responsabilização solidária de todos participantes na geração de um dano, mesmo que a influência tenha sido mínima ou praticamente insignificante já que não há o limite do elemento culpa no plano da responsabilidade objetiva.

Deste modo parte-se para a análise da Teoria da Causalidade Adequada que restringe o conceito de causa a ponto de considerar apenas aquela que se apresenta adequada à produção do dano. “A causa é aquela condição que demonstrar melhor aptidão ou idoneidade para causação de um resultado lesivo” ¹⁰³. Antunes Varela ¹⁰⁴ diz: “o fato será causa adequada do dano sempre que se constitua uma consequência normal e típica daquele, ou seja, sempre que, verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação”.

A doutrina, diante da dificuldade na aplicação deste conceito quando há multiplicidade de causas, optou pela fórmula negativa, isto é, o conceito de causa inadequada. A fim de exemplificar tal pensamento trazemos o exemplo corrente de obras de saneamento da Sanepar no Paraná. Mesmo com fundação precária, algumas residências permanecem estáveis ao longo de anos sem qualquer projeção patológica em suas dependências. O simples trabalho de escavação para a passagem de tubulações ao longo de passeios proporciona um rearranjo dos esforços no solo, aliviando as tensões sob a residência e causando o aparecimento de fissuras nas alvenarias da edificação. Logo, a causa inadequada é aquela que é estranha a determinado fato lesivo, aquela que não pode ser considerada como geradora do evento. Mesmo com fundação precária a residência era estável e a existência extraordinária da obra provocou os danos que não ocorreriam sem que esta tivesse acontecido.

Apesar de distintas, as duas teorias não são incompatíveis. A condicionalidade da teoria da equivalência dos antecedentes pode ser o pressuposto da adequação da teoria da causalidade adequada. Apenas será causa adequada se for imprescindível para a ocorrência de determinado resultado. O conceito de causa

¹⁰³ SANSEVERINO, op. cit., p. 240.

¹⁰⁴ VARELA, J. de M. A. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Livr. Almedina, 1996. p. 919.

inadequada permite estabelecer um limite jurídico-normativo ao uso da teoria da equivalência dos antecedentes.

Sanseverino explica que a doutrina brasileira possui preferência pela teoria da causalidade adequada dentro da responsabilidade civil (posição esta que ele defende como a que melhor se aplica aos acidentes de consumo), entretanto a jurisprudência adota indistintamente as duas teorias diante do caso concreto ¹⁰⁵.

Finalizamos este estudo do nexos causal permeando ainda a questão da multiplicidade de causadores, que, conforme já alentado anteriormente, ocorre em certas situações do dia-a-dia da construção civil. Via de regra todos os causadores serão responsáveis solidários, porém a demonstração seguinte adverte o leitor diante de alguns casos.

A *concausalidade* ocorre quando o dano provém de diversos fatos que, isolados, não provocariam o fato lesivo. Se solidariamente forem todos os agentes responsabilizados ou individualmente alguns sejam escolhidos (o que gera direito de regresso perante os não escolhidos), o que sempre importará é que o fato imputado seja uma das causas adequadas do evento. Um exemplo em um imóvel seria o próprio caso da corrosão das armaduras de uma laje de teto de garagem. A corrosão somente ocorre se há umidade e oxigênio, logo a presença de infiltrações de água por má impermeabilização de área descoberta do pavimento térreo (falha do empreiteiro de impermeabilização) juntamente com a falta de cobrimento adequado do aço (defeito provocado pela falta de zelo da mão de obra da construtora, na qual se inclui o engenheiro) acarretam, concomitantemente, o surgimento do defeito construtivo.

Já a causalidade *concorrente* é aplicável quando duas causas independentes agem paralelamente e simultaneamente na provocação do dano. Tanto esta causalidade como a concausalidade foram acolhidas pelo CDC no art. 25, parágrafos 1º e 2º, bem como no art. 7º. A má qualidade da argamassa colante de assentamento do piso cerâmico da circulação térrea de um edifício e a falta de juntas de dilatação concorrem para o descolamento do piso e, portanto, para o aparecimento do dano. Tanto uma como a outra causa acarretariam o

¹⁰⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 243.

descolamento, independentemente da existência da outra e por isso, tanto o fabricante da argamassa como a construtora serão responsabilizados pelo dano ao condomínio.

E por fim temos a causalidade *alternativa* que busca solucionar a dificuldade de se definir o agente causador do dano quando este está inserido em determinado grupo, impedindo a precisão no estabelecimento do causador do fato lesivo. A doutrina alemã ¹⁰⁶, mais aceita pelo direito brasileiro conforme se manifestou, segundo Sanseverino, Clóvis do Couto e Silva ¹⁰⁷, que diz que se vários agentes causarem dano por um ilícito comum cada um ficará responsável pelo dano, mesmo quando não se apura quem causou o dano. Basta então, para se determinar o nexo causal, a vinculação da pessoa ao grupo e do dano ao próprio grupo.

Pontes de Miranda ¹⁰⁸ admite duas soluções de técnica legislativa: na falta de prova de quem causou o dano nenhum pode ser responsabilizado, mesmo com provas veementes, ou, uma vez que os fatos se apresentam como um todo, qualquer participante será responsável. Aguiar Dias ¹⁰⁹ defende que todos são solidariamente responsáveis pelo dano causado.

No caso dos acidentes de consumo, em virtude da massificação das relações de consumo e do anonimato dos agentes causadores dos danos aos consumidores, as dificuldades probatórias passam a ser imensas. A sugestão encontrada na doutrina é a da repartição da responsabilidade de acordo com a participação no fato lesivo, mas no âmbito das relações internas entre os responsáveis solidários, já que externamente a solução adequada é a responsabilização totalitária dos danos de todos os agentes integrantes do processo construtivo. O art. 12, § 3º, inciso I implicitamente adotou a teoria da causalidade alternativa ao excluir a responsabilidade quando não se coloca o produto no mercado. Se o construtor não comprova a inexistência do defeito construtivo será responsável perante o proprietário do imóvel, cabendo apenas ação de regresso contra os fabricantes, empreiteiros e demais participantes da cadeia produtiva.

¹⁰⁶ Parágrafo 830 do BGB.

¹⁰⁷ SILVA, C. V. do C. et al. Responsabilidad alternativa y acumulativa. In: *Daños*. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 57.

¹⁰⁸ MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 22, par. 2718, p. 192.

¹⁰⁹ DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, t. 2, p. 513.

3.2 ANÁLISE DA GARANTIA – GARANTIA LEGAL, GARANTIA CONTRATUAL E PRAZOS

A norma do art. 24 do CDC institui: “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”. Segundo Cláudia Lima Marques ¹¹⁰ este é um dos dispositivos que asseguram a proteção da confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual.

Desta forma o código do consumidor instituiu uma garantia legal e *imperativa* (independe de termo expresso) que impede que se estipulem cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem as obrigações pelos vícios. A natureza da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor é cogente e legal, afastando as mudanças em cláusulas contratuais. A garantia de adequação do produto é um ônus para toda a cadeia de produtores, é uma garantia implícita ao produto, de sua funcionalidade e adequação, garantia funcional de que o produto será adequado ao seu fim, mas que só pode ser utilizada pelo consumidor, ou seja, após o contrato de consumo. Isto explica porque todos os fornecedores são responsáveis pela garantia, e não só aquele que contratou com o consumidor.

É importante ressaltar que esta garantia legal só surgirá a partir do momento que existir uma relação contratual original, isto é, de um lado o consumidor e de outro o fornecedor. A partir do ato de consumo passa a existir a garantia legal por inadequação.

Conclui-se, portanto, que o fim último da garantia de adequação do CDC é o reequilíbrio da relação de consumo, especialmente da contratual já que a garantia concentra-se no produto ou serviço adequado ao fim a que se destina. Para Claudia Lima Marques é tão certa a impossibilidade de exoneração dessa garantia *ex lege* que o CDC invoca-a novamente no art. 25 e no art. 51, I ¹¹¹.

Os exíguos prazos para a ação redibitória dispostos no Código Civil de 15 dias, a contar da tradição, para bens móveis e de 6 meses para os bens imóveis demonstram a ineficiência do sistema tradicional de garantia contra vícios redibitórios, principalmente pela possibilidade de renúncia contratual a este direito

¹¹⁰ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1009.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 1013.

¹¹². O Código do Consumidor instituiu novos prazos, que para os casos dos vícios ocultos e aparentes ou de fácil constatação, são considerados decadenciais ¹¹³.

Assim, o art. 26 introduz novos prazos – 30 ou 90 dias – dependentes se o fornecimento de serviço ou produto envolve bem não-durável ¹¹⁴ ou durável ¹¹⁵ respectivamente ¹¹⁶. Logo, para ambos os tipos de vícios os prazos são os mesmos, entretanto no caso dos vícios aparentes, os prazos contam-se da entrega efetiva do produto ou término da execução dos serviços (art. 26, § 1º do CDC), ao passo que para os ocultos vale o momento da revelação do defeito (art. 26, § 3º do CDC) ¹¹⁷.

Pontes de Miranda ¹¹⁸ faz importante interpretação a respeito do tema dos vícios: “A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto nasce, para a redibição e para a diminuição da contraprestação, quando, após a entrega, o outorgado vem a conhecer do vício do objeto”. O que nos faz concluir que o ânimo à responsabilização só surgirá a partir do momento em que o vício aparecer ¹¹⁹.

¹¹² “É da natureza do instituto que a garantia possa ser diminuída, ampliada ou renunciada, dentro do princípio pleno da autonomia da vontade. Não se trata de disposição de ordem pública, embora o Código de Defesa do Consumidor, levando em conta a natureza da relação, imponha o dever ao fornecedor de produtos e serviços.” (VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. p. 550).

¹¹³ “O prazo do art. 26 do CDC é decadencial, pois envolve a própria perda do direito do consumidor de postular a rescisão ou alteração do negócio jurídico em que ocorreu o vício no produto ou no fornecimento de serviço”. (SANSEVERINO, op. cit., p. 301).

¹¹⁴ “Entende-se por produtos não-duráveis aqueles que se exaurem no primeiro uso ou logo após sua aquisição, enquanto que os duráveis, definidos por exclusão, seriam aqueles de vida útil não-efêmera. Não-duráveis seriam aqueles bens de vida rápida, cuja existência termina pouco tempo depois da aquisição, enquanto que os duráveis seriam encontrados por exceção aos primeiros”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 114.473, 96/0074492-0-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.03.1997).

¹¹⁵ “Bens duráveis podem ser definidos por exclusão em relação aos não duráveis. De qualquer modo, caracterizam-se por terem uma vida útil não efêmera, embora não se exija que seja prolongada (...) *Os produtos imóveis são, como regra, duráveis (grifo nosso)*”. (MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 189).

¹¹⁶ “... é flagrante que há um certo ar de subjetividade que dificultará a apreciação, mas não a impossibilitará.(...) será no caso concreto que se constatará a durabilidade ou não de do bem (produto ou serviço).” (FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr.-jun. 2004. p. 83).

¹¹⁷ “Embargos de divergência no recurso especial. Admissibilidade. Compromisso de compra e venda. Possibilidade de rescisão fundada em vício redibitório. Prescrição. Termo inicial. Data do conhecimento do vício oculto.

- Se o vício, por sua natureza, não podia ser percebido no ato da tradição, o prazo, estabelecido no art. 178, § 5º, inc. IV, do CC de 1916, para ajuizar ação reclamando o defeito conta-se do momento que o adquirente do bem toma conhecimento de sua existência, prevalecendo o entendimento dominante na Terceira Turma. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 489.867/SP, Min. Nancy Andrighi, DJ de 23.06.2003).

¹¹⁸ MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. 38, p. 284.

¹¹⁹ “Mas, em certas situações de fato, conforme a natureza da coisa ou do defeito de porte, não seria possível o exercício da ação dentro nesse prazo exíguo, se contado da tradição, não tanto pela exigüidade, mas pela impossibilidade da revelação do defeito embuçado dentro no referido prazo. Nesse caso, se atendermos à lei, na sua letra fria, estaríamos condenando a um abortamento

O novo Código Civil de 2002, consoante com a idéia do CDC, em seu art. 445¹²⁰ estabelece a duplicação do prazo anterior de 15 dias e 6 meses passando a figurar 30 dias para os bens móveis e 1 ano para os imóveis. E em seu § 1º o termo inicial para a contagem do prazo decadencial, em situações em que o vício só puder ser constatado mais tarde, passa a ser o momento de ciência do mesmo: máximo de 180 dias no caso de bens móveis e de um ano para os imóveis¹²¹.

Todavia, a lei do consumidor trouxe algumas causas que *obstam* a decadência do direito (art. 26, § 2º). Uma delas é a reclamação do consumidor perante o fornecedor. Outra seria a instauração de inquérito civil até o seu encerramento.

Por outro lado, quando se trata do art. 27, os prazos tornam-se prescricionais e não mais decadenciais, já que aqui o direito envolvido diz respeito à saúde, à vida e à segurança dos consumidores. Há apenas a previsão de um único prazo que é o de 5 anos, ao contrário as variantes trazidas pelo art. 26 e o seu respectivo início ocorrerá com a presença do conhecimento do dano e a identificação da autoria¹²². Logo, o prazo fluirá a partir do momento em que o consumidor tenha efetivo conhecimento de que foi vítima de um acidente de consumo e de quem foi o autor do fato. Frequentemente o aparecimento de um dano decorrente de um produto ou serviço defeituoso demora a se manifestar e isto não pode, naturalmente, prejudicar a vítima.

inapelável o direito dos adquirentes, contra todos os princípios de direito e o bom senso. Ora, o fim social da prescrição é a estabilidade dos direitos pelo decurso de um prazo mais ou menos razoável com a inação do titular do direito oposto. Por sua vez a ação redibitória objetiva a garantia do comprador contra os defeitos ocultos da coisa adquirida. Para que se possa exercer efetivamente o direito à ação, decorrente dessa garantia, que é de enjeitar a coisa e exigir a repetição do preço pago, há de ser proporcionado ao comprador um prazo razoável e que este seja contado a partir de quando for possível a revelação do defeito oculto." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REExt, Min. Carlos Thompson Flores, DJ 28/11/1973).

¹²⁰ "O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contando da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis." (Art. 445).

¹²¹ "Ação redibitória. Decadência. Início do prazo. Não maltrata o art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil, acórdão que, ao afastar a decadência, dispõe no sentido de contar-se o prazo a partir do momento em que o vício tornou-se conhecido pelo adquirente do imóvel." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº. 4.152/MT, Rel. Min. Nilson Naves, por maioria, DJ 03/12/90).

¹²² "O conhecimento do dano é a precepção efetiva pelo consumidor de que sofreu um dano. (...) Na identificação da autoria o consumidor deve saber efetivamente quem é o autor do dano." (FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr.-jun. 2004. p. 92-93).

Cabe ressaltar que a perda do prazo para a propositura da demanda com base no art. 27 do CDC fará com que a pretensão indenizatória escape do microsistema do consumidor, retornando ao direito comum (art. 186 do novo Código Civil) cuja prescrição é de 10 anos (art. 205 do CC/2002).

Cláudia Lima Marques ¹²³, em parte relevante do tema no que diz respeito a responsabilidade civil das construtoras, afirma a compatibilidade da garantia de adequação do produto com outras garantias existentes na legislação ordinária, mais precisamente no art. 618 do novo Código Civil (antigo art. 1245 do CC/16), com base no art. 7º do CDC. Afirma a autora que: “... no contrato de empreitada o construtor responde durante cinco anos perante o dono da obra (...) A jurisprudência brasileira é unânime em afirmar que o prazo é de garantia, não prazo para exercício da ação. (...) Hoje, tratando-se de contrato de consumo, e aplicadas as normas do CDC, a garantia legal estende-se a todos os vícios que impedem a adequação do produto (imóvel construído), sendo que o prazo de cinco anos pode permanecer, como forma de facilitar a responsabilização do fornecedor/construtor, mas efetivamente o prazo para decadência do direito começa a correr no momento em que ficar evidenciado o defeito (art. 26, § 3º do CDC).”

Washington de Barros Monteiro com clareza nos traz a lição de que “durante o quinquênio o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e segurança da construção, entretanto, *embora excedido o prazo, poderá o proprietário demandar o construtor pelos prejuízos que lhe advierem da imperfeição da obra*. A teoria da *unidade de prazo para a ação e para a garantia* não tem apoio sério em nosso sistema legal” ¹²⁴.

A pergunta sobre a eventual eternidade da garantia legal também merece resposta a fim de esclarecer quais os procedimentos adotados pela jurisprudência brasileira. Neste ponto entra a questão da vida útil do produto. Caberá ao judiciário verificar se o dever de qualidade – durabilidade e adequação – foi cumprido pelo fornecedor ¹²⁵. Logo o limite temporal para a garantia legal de adequação dos produtos com vício oculto é a própria vida útil do produto ¹²⁶.

¹²³ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1017.

¹²⁴ MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2. p. 209.

¹²⁵ FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr.-jun. 2004. p. 84.

¹²⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 306-308

A garantia, além da *legal* oriunda do próprio CDC, pode ser *contratual* advinda da manifestação de vontade do fornecedor-direto no contrato (comerciante) ou do fornecedor-indireto (fabricante). O caráter desta garantia é facultativo, eventual, devendo estar disposta em termo escrito conforme indica o art. 50 do Código do Consumidor.

Diferentemente da legal que é sempre total, a garantia contratual pode ser total ou parcial já que depende da vontade do fornecedor e é limitada por esta. Por vezes também pode ser condicionada a determinadas hipóteses, ao contrário da garantia legal em que tais restrições não são possíveis.

Portanto o nascimento desta garantia contratual dar-se-á no momento do nascimento do respectivo contrato. Por ser algo a mais, esta garantia inclusive pode ser concedida após a assinatura do contrato, diferentemente da garantia legal que “nasce potencialmente junto com o vínculo contratual”¹²⁷.

Outra distinção importante é que na garantia contratual não se questiona a origem do vício, se mau uso ou de culpa exclusiva do consumidor, enquanto que na garantia legal há a adequação, isto é, só poderá ser usada se a causa da falta de funcionalidade é o próprio produto ou serviço, não abrangendo as situações de mau uso, uso não razoável ou de caso fortuito posterior ao contrato que tornem o bem impróprio para uso.

Uma última análise deve ser feita para avaliar a relação temporal entre as duas espécies de garantia. As novas normas trazidas pelo CDC são imperativas na havendo a possibilidade do consumidor ou do fornecedor dispor sobre elas. Deste modo o entendimento anterior de que a garantia legal iniciava-se a partir do término do prazo da contratual está ultrapassado, e o que se admite atualmente é o começo conjunto dos prazos a partir da data do contrato (termo de garantia) com base nos arts. 18 e 50 do CDC. Ao consumidor caberá escolher qual das espécies de garantia fará uso para reclamar seus direitos.

Diante do exposto, sugere-se, no caso específico da relação comprador do imóvel (consumidor) e construtora (fornecedor) que o memorial descritivo, o conjunto de plantas dos projetos, os termos de garantia, o termo de recebimento do imóvel, ou seja, os documentos inerentes ao imóvel, configurem o Manual do Proprietário, este embasado nas respectivas normas técnicas (como é o caso da NBR

¹²⁷ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1019.

14.037/1998 que trata do Manual de operação, uso e manutenção das edificações – Conteúdo e recomendações para elaboração e apresentação ¹²⁸). Busca-se assim aclarar ao consumidor quais os seus direitos e os efeitos das garantias de cada parte constituinte de sua nova propriedade, bem como se atende a solicitação do art. 50 do CDC.

Logo, a entrega do bem deve ser feita através de Termo de Entrega elaborado pela construtora, precedido de vistoria prévia de entrega a qual deve, obrigatoriamente, ser realizada na presença do proprietário e com a entrega, ao término desta vistoria, do Manual do Proprietário.

Justamente pela falta de conhecimento jurídico na indústria da Construção Civil, alternativas de solução têm sido buscadas, todavia muitas vezes de modo precipitado tendo em vista algumas transgressões que geram às normas legais. Exemplo disso é uma tabela de garantias elaborada pelo Sindicato da Construção Civil do Estado do Paraná, apoiado em estudo realizado pelo SECOVI/SP juntamente com o PROCON/SP ¹²⁹. O SINDUSCON/Pr adotou uma planilha-resumo de prazos de garantia que servem como base para “orientação” não só para as empresas de construção civil, mas também para os consumidores.

A ressalva que deve ser feita em relação aos prazos de garantia acordados neste caso refere-se justamente à garantia legal que, conforme salientado anteriormente, não pode ser afastada pelas partes. Desta forma, caso se configure um acidente de consumo, a garantia legal deve incidir a despeito da garantia contratual ou de qualquer outro termo que confronte os dispositivos legais.

Os mecanismos reparatórios previstos no CDC (arts. 18 a 20) para o caso dos vícios pressupõe que se não sanados os vícios em no máximo 30 dias pode-se exigir:

- a) substituição do produto por outro similar;
- b) restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, com eventuais perdas e danos;
- c) abatimento proporcional do preço;

¹²⁸ Esta norma alberga as finalidades do manual, dentre as quais destacamos a necessidade de informar aos usuários as características da edificação construída, descrever os procedimentos recomendáveis para o melhor aproveitamento da edificação, orientar os usuários para a realização das atividades de manutenção, prevenir a ocorrência de falhas e acidentes decorrentes de uso inadequado e contribuir para o aumento da durabilidade da edificação. *O item 6.7 da norma inclusive traz informações que devem constar no manual referentes às responsabilidades e garantias.*

¹²⁹ SÃO PAULO (Estado). SECOVI. *Manual de operação, manutenção e garantia do imóvel*. São Paulo, 2001.

- d) complementação do peso ou medida (vício de quantidade);
- e) reexecução dos serviços sem custos adicionais para o consumidor.

Mesmo nos casos em que a construtora e/ou o consumidor verifique que não há mais garantia e/ou incidem excludentes da responsabilidade do construtor, a orientação ao cliente deve existir por questões óbvias.

Uma última questão levantada pertinentemente por William Ferreira ¹³⁰ é o caso em que uma vez sanados os vícios, como ficam os prazos caso os vícios retornem? Aparentemente o CDC não traz a solução, porém o disposto no art. 18 demonstra que “não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha...”. Como o dispositivo busca claramente o saneamento definitivo do vício, se o problema retornar o consumidor, a partir do reaparecimento deste terá novo prazo preconizado pelo art. 26 podendo novamente incidir as causas obstativas.

¹³⁰ FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr.-jun. 2004. p. 84.

4 CONCLUSÕES

Diante do árduo trabalho na coleta de dados que pudessem garantir uma boa abrangência sobre o tema proposto, baseado em técnicas adequadas de leitura e levantamento de informações de ordem prática (jurisprudências e Revistas do Consumidor), concluímos que o caminho traçado para a responsabilização das construtoras pelo defeito e/ou vício do produto foca, primordialmente, o dano causado ao consumidor.

As decisões jurisprudenciais, ao lado das novas tendências do campo do Direito dos Danos, demonstram que cada vez é mais importante quantificar e qualificar os danos das obras para que o construtor seja responsabilizado.

As provas processuais, praticamente resumidas em laudos periciais, determinam o grau de relevância da perícia técnica no âmbito processual e material. Se corretamente diagnosticados e cadastrados os danos em um imóvel, a justiça perante o consumidor será realizada e a obrigação de indenizar da construtora virá sem maiores perturbações. Por outro lado, a perícia técnica de engenharia mal efetuada enseja o desvio do processo e, normalmente, um prejuízo à construtora além do merecido.

Deste modo cremos que o levantamento técnico de profissional de engenharia civil passa a ser fundamental para ambos os lados do processo. Próximo ao término do prazo de garantia quinquenal devem as partes acompanhar a execução de parecer específico das patologias da obra para que a construtora venha a solucionar os problemas evidenciados e, no futuro, fique protegida contra eventuais reclamações do proprietário. E este dono do imóvel ficará resguardado perante a construtora, por até vinte anos, com relação aos defeitos e vícios aparentes.

A medida mais adequada do lado do fornecedor seria, dentro do enfoque da qualidade, como sugere os autores Ivan da Silva Ramos e Cláudio Vicente Mitidieri Filho, sedimentar a assistência técnica dentro da empresa devido a sua importância fundamental. As coletas de dados retroalimentam todos os setores da empresa, auferem a qualidade de cada equipe participante da obra, possibilitam uma ação preventiva de reincidência em novas obras ou em obras em execução e apropriam os custos gerados pelos problemas patológicos.

As falhas, além dos custos diretos e desgastes proporcionados, prejudicam a imagem da construtora junto ao mercado. A prevenção, possível através de inspeções detalhadas por profissional capacitado, com o respectivo reparo prévio é uma forma de garantir a satisfação do cliente. Exemplos de tais medidas são a troca de azulejos lascados, pinturas riscadas, vistas de porta soltas, esquadrias emperradas, vazamentos de torneiras, etc. Vícios aparentes de fácil resolução.

A reincidência de problemas gera muita insatisfação, o que torna o trabalho técnico do perito fundamental para que ambas as partes estejam satisfeitas ao final do processo seja ele por vias judiciais ou extrajudiciais.

O grande obstáculo para que as construtoras tomem este caminho que preza pela qualidade é o escasso financiamento governamental do setor da indústria da construção civil, bem como a alta competitividade no mercado da construção civil causando excessivas reduções de custos com conseqüentes perdas de qualidade construtivas. Ótimo se esta competitividade tomasse o rumo inverso.

5 BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14.037*: manual de operação, uso e manutenção das edificações – conteúdo e recomendações para elaboração e apresentação. Rio de Janeiro, 1998.

AGUIAR, R. R. de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, p. 55-84, out.-dez. 2003.

ALTHEIM, R. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro*: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. Curitiba, 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ALMEIDA, M. da G. V.; WADA, R. M. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor: aspectos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 185-204, jan.-mar. 2002

BASTOS, L. H. A. F. Estudo comparativo sobre a responsabilidade pelo fato do produto no Japão e no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, p. 37-65, out.-dez. 2004.

BENJAMIN, A. H. de V. e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

CASTRO, F. M. M. G. de. Sociedade de risco e o futuro do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 122-140, out.-dez. 2002.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, M. J. A. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aument. Coimbra: Livr. Almedina, 2001.

DENARI, Z. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção, da reparação dos danos. In: Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 127-163.

DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIREITO, C. A. M.; CAVALIERI, S. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 60-77.

FERREIRA, W. S. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 77-96, abr.-jun. 2004.

FIKER, J.; MEDEIROS JUNIOR, J. da R. *A perícia judicial: como redigir laudos e argumentar dialeticamente*. São Paulo: Pini, 1996.

GOMES, O. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JOBIM, M. S. S. *Métodos de avaliação da satisfação de clientes de imóveis residenciais*. Porto Alegre, 1997. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEONARDO, R. X. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, R. X. Responsabilidade contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 19, p. 260-269, jul.-set. 2004.

LICHTENSTEIN, N. B. *Patologia das construções: procedimento para formulação do diagnóstico de falhas e definição de conduta adequada à recuperação de edificações*. São Paulo, 1985. 190 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo.

LIMA, C. C. de. Dos vícios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, p. 112-129, jul.-set. 2004.

LOBO, P. L. N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr.-jun. 2002.

MARINS, J. *Responsabilidade de empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, C. L. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 71-99, jan.-mar. 2003.

MARQUES, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 52, p. 34-67, jul.-set. 2004.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, M. B. de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 22.

MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 38.

MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 53.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2.

NALIN, P. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

NUNES, L. A. R. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASQUALOTTO, A. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul.-set. 2002.

PEREIRA, C. M. da S. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, V. L. R. Direito à prevenção e reparação de danos no Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação nos juizados especiais cíveis. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 254-267, jul.-set. 2001.

RAMOS, I. da S.; MITIDIERI, C. V. Procedimentos de assistência técnica para construtoras. *Revista Técnica*, São Paulo, n. 122, p. 58-61, mai. 2007.

RIPPER, E. *Como evitar erros na construção*. 2. ed. São Paulo: Pini, 1984.

RODRIGUES, S. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 3.

RODRIGUES, S. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANSEVERINO, P. de T. V. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO (Estado). IBAPE. *Glossário de terminologia básica aplicável à engenharia de avaliações*. São Paulo, 1995.

SÃO PAULO (Estado). SECOVI. *Manual de operação, manutenção e garantia do imóvel*. São Paulo, 2001.

SILVA, J. A. Q. de C. Responsabilidade objetiva: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, p. 68-77, jan.-mar. 2005.

SIMÃO, J. F. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

TEPEDINO, G. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Ensaio Jurídico*. Coords. Ricardo Bustamante & Paulo César Sodré. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), 1996. v. 1.

TEPEDINO, G. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 56, p. 9-12, out.-dez. 2005.

TIMM, L. B. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 149-167, jul.-set. 2005.

VARELA, J. de M. A. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Livr. Almedina, 1996.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VIANA, M. A. S. *A empreitada de construção: decisões dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1980.

WALDMAN, R. L. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 56, p. 183-201, out.-dez. 2005.

WERNER, J. G. V. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 98-115, abr.-jun. 2006.